كتاب
بدائع الصنائع
في
ترتيب الشرائع

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

المكتبة الإسلامية
محمد أزدمير
ديار بكر - تركيا

Bibliotheca Alexandrina
0199021

الجزء الرابع من

كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

مكتبة
الدكتور القطب محمد القطب طبلية
شارع محمد قطب

تأليف

الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هجرية

الطبعة الأولى
١٣٢٨ هـ — ١٩١٠ م

الطبعة الثانية
١٣٩٤ هـ — ١٩٧٤ م

الناشر
دار الكتاب العربي
بيروت . لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب الرضاع ﴾

قدذ كرنا فى كتاب النكاح ان المحرمات نكاحا على التأبيد أنواع ثلاثة محرمات بالقرابة ومحرمات بالصهرية ومحرمات بالرضاع وقد بينا المحرمات بالقرابة والصهرية فى كتاب النكاح وهذا الكتاب وضع لبيان المحرمات بالرضاع والكلام فى هذا الكتاب يقع فى ثلاثة مواضع أحدها فى بيان المحرمات بالرضاع والثانى فى بيان صفة الرضاع المحرم والثالث فى بيان ما يثبت به الرضاع

﴿ فصل ﴾ أما الاول فالاصل ان كل من يحرم بسبب القرابة من الفرق السبع الذين ذكرهم الله عز وجل فى كتابه الكريم نصا أو دلالة على ماذكرنا فى كتاب النكاح يحرم بسبب الرضاعة الا ان الحرمة فى جانب المرضعة متفق عليها وفى جانب زوج المرضعة مختلف فيها أما تفسير الحرمة فى جانب المرضعة فهو ان المرضعة تحرم على المرضع لانها صارت أماله بالرضاع فتحرم عليه لقوله عز وجل وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم معطوفا على قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم فسمى سبحانه وتعالى المرضعة ام المرضع وحرمها عليه وكذا بناتها يحرمن عليه سواء كن من صاحب اللبن أو من غير صاحب اللبن من تقدم منهن ومن تأخر لانهن اخواته من الرضاعة وقد قال الله عز وجل واخواتكم من الرضاعة اثبت تعالى الاخوة بين بنات المرضعة وبين المرضع والحرمة بينهما مطلقا من غير فصل بين اخت واخت وكذا بنات بناتها او بنات ابنائها وان سفلن لانهن بنات أخ المرضع واخته من الرضاعة وهن يحرمن من النسب كذا من الرضاعة ولو ارضعت امرأة صغيرين من اولاد الاجانب صارا اخوين لكونهما من اولاد المرضعة فلا يجوز المناكحة بينهما اذا كان احدهما انثى والاصل فى ذلك ان كل اثنين اجتمعا على ثدى واحد صارا اخوين او اختين او اخا واختا من الرضاعة فلا يجوز لاحدهما ان

يتزوج

يتزوج بالآخر ولا بولده كما في النسب وامهات المرضعة يحرمن على المرضع لانهن جداته من قبل امه من الرضاعة وآباء المرضعة اجداد المرضع من الرضاعة فيحرم عليهم كما في النسب واخوات المرضعة يحرمن على المرضع لانهن خالاته من الرضاعة وأخواتها اخوال المرضع فيحرم عليهم كما في النسب فاما بنات اخوة المرضعة واخواتها فلا يحرمن على المرضع لانهن بنات اخواله وخالاته من الرضاعة وانهن لا يحرمن من النسب فكذا من الرضاعة وتحرم المرضعة على ابناء المرضع وابناء ابنائه وان سفلوا كما في النسب هذا تفسير الحرمة في جانب المرضعة والاصل في هذه الجملة قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فيجب العمل بعمومه الا ما خص بدليل واما الحرمة في جانب زوج المرضعة التي نزل لها منه لبن فثبتت عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وروي عن رافع بن خديج رضي الله عنه أنه قال لا تثبت وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء بن يسار وبشر المريسي ومالك وهي المسئلة الملقبة عند الفقهاء بلبن الفحل انه هل يحرم أولا وتفسير تحريم لبن الفحل ان المرضعة تحرم على زوج المرضعة لانها بنته من الرضاع وكذا على ابنائه الذين من غير المرضعة لانهم اخوتها لاب من الرضاعة وكذا على ابناء ابنائه وابناء بناته من غير المرضعة لانهم ابناء اخوة المرضعة واخواتها لاب من الرضاعة وعلى هذا اذا كان لرجل امرأتان فحملتا منه وارضعت كل واحدة منهما صغيرا أجنبيا فقد صارا اخوين لاب من الرضاعة فان كان احدهما انثى فلا يجوز النكاح بينهما لان الزوج اخوها لابيها من الرضاعة وان كانا اثنيين لا يجوز لرجل ان يجمع بينهما لانهما أختان لاب من الرضاعة وتحرم على آباء زوج المرضعة لانهم اجدادها من قبل الاب من الرضاعه وكذا على اخوته لانهم اعمامها من الرضاعة واخواته عمات المرضع فيحرمن عليه واما اولاد اخوته واخواته فلا تحرم المناكحة بينهم لانهم اولاد الاعمام والعمات ويجوز النكاح بينهم في النسب فيجوز في الرضاع هذا تفسير لبن الفحل احتج من قال انه لا يحرم بان الله عز وجل بين الحرمة في جانب المرضعة ولم يبين في جانب الزوج بقوله تعالى وامهاتكم من اللاتي ارضعنكم ولو كانت الحرمة ثابتة في جانبه لبينها كما بين في النسب بقوله عز وجل حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ولان المحرم هو الارضاع وانه وجد منها الا منه فصارت بنتا لها الا له والدليل عليه انه لو نزل للزوج لبن فارتضعت منه صغيرة لم تحرم عليه فاذا لم تثبت الحرمة بلبنه فكيف تثبت بلبن غيره ولنا الحديث المشهور وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروي ان عائشة رضي الله عنها قالت جاء عمي من الرضاعة فاستأذن علي فابيت ان آذن له حتى أستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم انما هو عمك فأذني له فقلت يا رسول الله انما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انه عمك فليلج عليك قالت عائشة رضي الله عنها وكان ذلك بعد ان ضرب علينا الحجاب أي بعد أمر الله عز وجل النساء بالحجاب عن الاجانب وقيل كان الداخل عليك أفلح أخا أبي القعيس وكانت امرأة أبي القعيس أرضعتها وعن عمرة أن عائشة رضي الله عنها أخبرتها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عندها وانها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة قالت عائشة فقلت يا رسول الله هذا رجل يستأذن في بيتك فقال أراه فلانا لعم حفصة من الرضاعة فقلت يا رسول الله لو كان فلان حيا لعمي من الرضاعة أكان يدخل علي فقال نعم ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة وعن علي رضي الله عنه انه قال لا تنكح من أرضعته امرأة أبيك ولا امرأة أخيك ولا امرأة ابنك وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه سئل عن رجل له امرأتان أو جارية وامرأة فارضعت هذه غلاما وهذه جارية هل يصلح للغلام أن يتزوج الجاريه فقال رضي الله عنه لا اللقاح واحد بين الحكم وأشار الى المعنى وهو اتحاد اللقاح ولان المحرم هو اللبن وسبب اللبن هو ماء الرجل والمرأة جميعا فيجب ان يكون الرضاع منهما جميعا كما كان الولد لهما جميعا وأما قولهم ان الله تعالى بين الحرمة في جانب المرضعة لا في جانب زوجها فنقول ان لم يبينها نصا فقد بينها دلالة وهذا لان البيان من الله تعالى بطريقين بيان احاطة وبيان كفاية فبين في النسب بيان احاطة وبين في الرضاع بيان كفاية تسليطا

مجتهدين على الاجتهاد والاستدلال بالمنصوص عليه على غيره وهو ان الحرمة في جانب المرضعة لمكان اللبن وسبب حصول اللبن ونزوله هو ماؤهما جميعا فكان الرضاع منهما جميعا وهذا لان اللبن انما يوجب الحرمة لاجل الجزئية والبعضية لانه ينبت اللحم وينشر العظم على ما نطق به الحديث ولما كان سبب حصول اللبن ونزوله ماءهما جميعا وبارتضاع اللبن تثبت الجزئيـة بواسطة نبات اللحم يقام سبب الجزئيـة مقام حقيقة الجزئية في باب الحرمات احتياطا والسبب يقام مقام المسبب خصوصا في باب الحرمات أيضا ألا ترى ان المرأة تحرم على جدها كما تحرم على أبيها وان لم يكن تحريمها على جدها منصوصا عليـه في الكتاب العزيز لكن لما كان مبينا بيان كفاية وهو ان البنت وان حدثت من ماء الاب حقيقة دون ماء الجد لكن الجد سبب ماء الاب أقيم السبب مقام المسبب في حق الحرمـة احتياطا كذا ههنا والدليل عليه انه لما لم يذكر البنات من الرضاعـة نصا لم يذكر بنات الاخوة والاخوات من الرضاعة نصا وانما ذكر الاخوات ثم ذكر لبنات الاخوة والاخوات دلالة حتى حرمن بالاجماع كذا ههنا على انه ان لم يبين بوحي متلو فقد بين بوحي غير متلو على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقد خرج الجواب عن قولهم ان الارضاع وجد منها لما ذكرنا انه وجد منهما لان سبب حصول اللبن ماؤهما جميعا فكان الارضاع منهما جميعا واما الزوج اذا نزل له لبن فارتضعت به صغيرة فذلك لا يسمى رضاعا عرفا وعادة ومعنى الرضاع أيضا لا يحصل به وهو اكتفاء الصغير به في الغذاء لانه لا يغنيـه من جوع فصار كلبن الشاة والله عز وجل أعلم ثم انما تثبت الحرمـة من جانب الزوج اذا كان لها زوج فاما اذا لم يكن لها زوج بان ولدت من الزنا فنزل لها لبن فأرضعت به صبيا فالرضاع يكون منها خاصة لا من الزاني لان نسبه يثبت منها لا من الزاني والاصـل ان كل من يثبت منه النسب يثبت منه الرضاع ومن لا يثبت منه النسب لا يثبت منـه الرضاع وكذا البكر اذا نزل لها لبن وهي لم تتزوج قط فالرضاع يكون منها خاصة والله الموفق وكذا كل من يحرم بسبب المصاهرة من الفرق الاربع الذين وصفناهم في كتاب النكاح يحرم بسبب الرضاع فيحرم على الرجل أم زوجته وبنتها من زوج آخر من الرضاع كما في النسب الا ان الام تحرم بنفس العقد على البنت اذا كان صحيحا والبنت لا تحرم الا بالدخول بالام كما في النسب وكذا جدات زوجته من أبيها وأمها وان علون أو بنات بناتها او بنات أبنائها وان سفلن من الرضاع كما في النسب وكذا تحرم حليلة ابن الرضاع وابن ابن الرضاع وان سفل على أب الرضاع وأب أبيه وان علا كما في النسب وتحرم منكوحة أب الرضاع وأب أبيه وان علا على ابن الرضاع وابن ابنه وان سـفل كما في النسب وكذا يحرم بالوطء أم الموطوءة وبنتها من الرضاع على الواطئ وكذا جداتها وبنات بناتها كما في النسب وتحرم الموطوءة على أب الواطئ وابنه من الرضاع وكذا على أجداده وان علوا وعلى أبناء أبنائه وان سفلوا كما في النسب سواء كان الوطء حلالا بان كان بملك اليمين أو الوطء بنكاح فاسد أو شبهة نكاح أو كان بزنا عندنا وعند الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة فلا يوجب حرمة الرضاع والمسئلة قد مرت في كتاب النكاح ثم قول النبي صلى الله عليه وسـلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب يجري على عمومه الا في مسئلتين احداهما انه لا يجوز للرجل ان يتزوج باخت ابنـه من النسب لامه وهو ان يكون لابنه أخت لامه من النسب من زوج آخر كان لها ويجوز له أن يتزوج أخت ابنـه من الرضاع وهو ان يكون لابنه من الرضاع أخت من النسب لم ترضعها امرأته لان المانع من الجواز في النسب كون أم الاخت موطوءة الزوج لان أمها اذا كانت موطوءة كانت هي بنت الموطوءة وانها حرام وهذا لم يوجد في الرضاع ولو وجد لا يجوز كما لا يجوز في النسب والثانية انه لا يجوز للرجل ان يتزوج أم أخته من النسب لابيه وهو ان يكون له أخت من أبيه من النسب لا من أمه لا يجوز له ان يتزوج أم هذه الاخت ويجوز له أن يتزوج أم أخته من الرضاع وهو ان يكون له أخت من الرضاعة فيتزوج أمها من النسب لان المانع في النسب كون المتزوجة موطوءة أبيه وهذا لم يوجـد في الرضاع حتى لو وجد لا يجوز كما في النسب ويجوز للرجل ان يتزوج أخت أخيـه لابيـه من النسب وصورته

منكوحة أبيه اذا ولدت ابنا ولها بنت من زوج آخر فهي أخت أخيه لابيه فيجوز له أن يتزوجها وكذا يجوز للرجل أن يتزوج أخت أخته من الرضاع وهذا ظاهر ويجوز لزوج المرضعة أن يتزوج أم المرضع من النسب لان المرضع ابنه ويجوز للانسان أن يتزوج أم ابنه من النسب وكذا أب المرضع من النسب يجوز له أن يتزوج المرضعة لانها أم ابنه من الرضاع فهي كام ابنه من النسب وكذا يجوز له أن يتزوج بمحارم أبي الصبي من الرضاعة أو النسب كما يجوز له أن يتزوج بامه والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما صفة الرضاع المحرم فالرضاع المحرم ما يكون في حال الصغر فاما ما يكون في حال الكبر فلا يحرم عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم الا ماروى عن عائشة رضي الله عنها انه يحرم في الصغر والكبر جميعا واحتجت بظاهر قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة من غير فصل بين حال الصغر والكبر وروى ان أبا حذيفة تبنى سالما وكان يدخل على امرأته سهلة بنت سهيل فلما نزلت آية الحجاب أتت سهلة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت يارسول الله قد كنا نرى سالما ولدا وكان يدخل علي وليس لنا الا بيت واحد فماذا ترى في شأنه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضعيه عشر رضعات ثم يدخل عليك وكان سالم كبيرا فدل ان الرضاع في حال الصغر والكبر محرم وقد عملت عائشة رضي الله عنها بهذا الحديث بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم حتى روى عنها انها كانت اذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم بنت أبي بكر رضي الله عنها وبنات أخيها عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق رضي الله عنه ان يرضعنه فدل عملها بالحديث بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم على انه غير منسوخ ولنا ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل يوما على عائشة رضي الله عنها فوجد عندها رجلا فتغير وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال من هذا الرجل فقالت عائشة هذا عمي من الرضاعة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انظرن ما اخوانكم من الرضاعة انما الرضاعة من المجاعة أشار صلى الله عليه وسلم الى ان الرضاع في الصغر هو المحرم اذ هو الذي يدفع الجوع فاما جوع الكبير فلا يندفع بالرضاع وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الرضاع ما أنبت اللحم وأنشر العظم وذلك هو رضاع الصغير دون الكبير لان ارضاعه لا ينبت اللحم ولا ينشر العظم وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الرضاع ما فتق الامعاء ورضاع الصغير هو الذي يفتق الامعاء لا رضاع الكبير لان امعاء الصغير تكون ضيقة لا يفتقها الا اللبن لكونه من ألطف الاغذية كما وصفه الله تعالى في كتابه الكريم بقوله عز وجل لبنا خالصا سائغا للشاربين فاما أمعاء الكبير فنفتقة لا تحتاج الى الفتق باللبن وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لا رضاع بعد فصال وروى ان رجلا من أهل البادية ولدت امرأته ولدا فمات ولدها فورم ثدي المرأة فجعل الرجل يمصه ويمجه فدخلت جرعة منه حلقه فسأل عنه أبا موسى الاشعرى رضي الله عنه قال قد حرمت عليك ثم جاء الى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فسأله فقال هل سألت أحدا فقال نعم سألت أبا موسى الاشعرى فقال حرمت عليك فجاء ابن مسعود أبا موسى الاشعرى رضي الله عنهما فقال له أما علمت انه انما يحرم من الرضاع ما أنبت اللحم فقال أبو موسى لا تسألوني عن شئ ما دام هذا الحبر بين أظهركم وعن عبد الله بن عمر أن رجلا جاء الى عمر رضي الله عنه فقال كانت لي وليدة أطؤها فعمدت امرأتي اليها فارضعتها فدخلت عليها فقالت دونك مقدوزالله أرضعتها فقال عمر رضي الله عنه واقعها فهي جاريتك فانما الرضاعة عند الصغر وبهذا تبين ان ليس المراد من الآية الكريمة رضاع الكبير لان النبي صلى الله عليه وسلم فسر الرضاع المحرم بكونه دافعا للجوع منبتا للحم منشرا للعظم فاتقا للامعاء وهذا وصف رضاع الصغير لا الكبير فصارت السنة مبينة لما في الكتاب أصله وأما حديث سالم فالجواب عن التعلق به من وجهين أحدهما يحتمل انه كان مخصوصا بذلك يدل عليه ماروى ان سائر أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم أبين أن يدخل عليهن بالرضاع في حال الكبر أحد من الرجال وقلن ما نرى الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم سهلة بنت سهيل الا رخصة في سالم وحده

فهذا يدل على ان سالما كان مخصوصا بذلك وما كان من خصوصية بعض الناس لمعنى لا نعقله لا يحتمل القياس ولا نترك به الاصل المقرر فى الشرع والثانى ان رضاع الكبير كان محرما ثم صار منسوخا بما روينا من الاخبار وأما عمل عائشة رضى الله عنها فقد روى عنها ما يدل على رجوعها فانه روى عنها انها قالت لا يحرم من الرضاع الا ما أنبت اللحم والدم وروى انها كانت تأمر بنت أخيها عبد الرحمن بن أبى بكر رضى الله عنهم ان ترضع الصبيان حتى يدخلوا عليها اذا صار وارجالا على ان عملها معارض بعمل سائر أزواج النبى صلى الله عليه وسلم فانهن كن لا يرين أن يدخلن عليهن بتلك الرضاعة أحد من الرجال والمعارض لا يكون حجة واذا ثبت ان رضاع الكبير لا يحرم ورضاع الصغير محرم فلا بد من بيان الحد الفاصل بين الصغير والكبير فى حكم الرضاع وهو بيان مدة الرضاع المحرم وقد اختلف فيه قال أبو حنيفة ثلاثون شهرا ولا يحرم بعد ذلك سواء فطم أو لم يفطم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى حولان لا يحرم بعد ذلك فطم أو لم يفطم وهو قول الشافعى وقال زفر ثلاثة أحوال وقال بعضهم خمس عشرة سنة وقال بعضهم أربعون سنة احتج أبو يوسف ومحمد بقوله والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة جعل الله تعالى الحولين الكاملين تمام مدة الرضاع وليس وراء التمام شىء وبقوله تعالى وفصاله فى عامين وقوله عز وجل وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وأقل مدة الحمل ستة أشهر فبقى مدة الفصال حولين وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا رضاع بعد الحولين وهذا نص فى الباب ولابى حنيفة قوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة أثبت الحرمة بالرضاع مطلقا عن التعرض لزمان الارضاع الا انه قام الدليل على ان زمان ما بعد الثلاثين شهرا ليس بمراد فيعمل باطلاقه فيما وراءه وقوله تعالى فان أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور والاستدلال به من وجهين أحدهما انه أثبت لهما ارادة الفصال بعد الحولين لان الفاء للتعقيب فيقتضى بقاء الرضاع بعد الحولين ليتحقق الفصال بعدهما والثانى انه أثبت لهما ارادة الفصال مطلقا عن الوقت ولا يكون الفصال الا عن الرضاع فدل على بقاء حكم الرضاع فى مطلق الوقت الى ان يقوم الدليل على التقييد وقوله تعالى وان أردتم ان تسترضعوا أولادكم أثبت لهما ارادة الاسترضاع مطلقا عن الوقت فمن ادعى التقييد بالحولين فعليه الدليل ولان الارضاع انما يوجب الحرمة لكونه منبتا للحم منشرا للعظم على ما نطق به الحديث ومن المحال عادة ان يكون منبتا للحم الى الحولين ثم لا ينبت بعد الحولين بساعة لطيفة لان الله تعالى ما أجرى العادة بتغير الغذاء الا بعد مدة معتبرة ولان المرأة قد تلد فى البرد الشديد والحر الشديد فاذا تم على الصبى سنتان لا يجوز ان تؤمر المرأة بفطامه لانه يخاف منه الهلاك على الولد اذ لو لم يعود بغيره من الطعام فلا بد وان تؤمر بالرضاع ومحال أن تؤمر بالرضاع ويحرم عليها الرضاع فى وقت واحد فدل ان الرضاع بعد الحولين يكون رضاعا الا أن أبا حنيفة استحسن فى تقديره مدة ابقاء حكم الرضاع بعد الحولين بستة أشهر لانه أقل مدة تغير الولد فان الولد يبقى فى بطن أمه ستة أشهر يتغذى بغذائها ثم ينفصل فيصير أصلا فى الغذاء وزفر اعتبر بعد الحولين سنة كاملة فقال لما ثبت حكم الرضاع فى ابتداء السنة الثالثة لما قاله أبو حنيفة يثبت فى بقيتها كالسنة الاولى والثانية وأما الآية الاولى ففيها ان الحولين مدة الرضاع فى حق من أراد تمام الرضاعة وهذا لا ينفى أن يكون الزائد على الحولين مدة الرضاع فى حق من لم يرد أن يتم الرضاعة مع ما أن ذكر الشىء بالتمام لا يمنع من احتمال الزيادة عليه ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم من أدرك عرفة فقد تم حجه وهذا لا يمنع زيادة الفرض عليه فان طواف الزيارة من فروض الحج على أن فى الآية الكريمة ان الحولين تمام مدة الرضاع لكنها تمام مدة الرضاع فى حق الحرمة أو فى حق وجوب أجر الرضاع على الاب فالنص لا يتعرض له وعندهما تمام مدة الرضاع فى حق وجوب الاجر على الاب حتى ان الام المطلقة اذا طلبت الاجر بعد الحولين ولا ترضع بلا أجر لم يجبر الاب على أجر الرضاع فيما زاد على الحولين أو تحمل الآية على هذا

توفيقا

توفيقا بين الدلائل لان دلائل الله عز وجل لا تتناقض وأما الآية الثانية فالفصال في عامين لا ينفي الفصال في أكثر من عامين كما لا ينفيه في أقل من عامين عن تراض منهما وتشاور فكان هذا استدلالا بالمسكوت كقوله عز وجل فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا الآية أنه لا يمنع جواز الكتابة اذا لم يعلم فيهم خيرا وأما الآية الثالثة فتحتمل ما ذكرتم ان المراد من الحمل هو الحمل بالبطن والفصال هو الفطام فيقتضي أن تكون مدة الرضاع سنتين ومدة الحمل ستة أشهر كما روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وتحتمل أن يكون المراد من الحمل الحمل باليد والحجر فيقتضي أن يكون الثلاثون مدة الحمل والفصال جميعا لانه يحمل باليد والحجر في هذه المدة غالبا الا أن يكون بعض هذه المدة مدة الحمل وبعضها مدة الفصال لان اضافة السنتين الى الوقت لا تقتضي قسمة الوقت عليهما بل تقتضي أن يكون جميع ذلك الوقت مدة لكل واحد منهما كقول القائل صومك وزكاتك في شهر رمضان هذا لا يقتضي قسمة الشهر عليهما بل يقتضي كون الشهر كله وقتا لكل واحد منهما فيقتضي أن يكون الثلاثون شهرا مدة الرضاع كما هو مذهب أبي حنيفة فلا يكون حجة مع الاحتمال على أنه ان وقع التعارض بين الآيات ظاهرا لكن ما تلونا حاظر وما تلوتم مبيح والعمل بالحاظر أولى احتياطا وأما الحديث فالمشهور لا رضاع بعد فصال ونحن نقول بموجبه فجاز أن يكون أصل الحديث هذا وأن من ذكر الحولين حمله على المعنى عنده ولو ثبت هذا اللفظ فيحتمل أن يكون معناه الارضاع على الاب بعد الحولين أي في حق وجوب الاجر عليه على ما ذكرنا من تأويل الآية أو يحمل على هذا عملا بالدلائل كلها والله الموفق ثم الرضاع يحرم في المدة على اختلافهم فيها سواء فطم في المدة أو لم يفطم هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا حتى لو فصل الرضيع في مدة الرضاع ثم سقي بعد ذلك في المدة كان ذلك رضاعا محرما ولا يعتبر الفطام وانما يعتبر الوقت فيحرم عند أبي حنيفة ما كان في السنتين ونصف وعندهما ما كان في السنتين لان الرضاع في وقته عرف محرما في الشرع لما ذكرنا من الدلائل من غير فصل بين ما اذا فطم أو لم يفطم وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال اذا فطم في السنتين حتى استغنى بالفطام ثم ارتضع بعد ذلك في السنتين أو الثلاثين شهرا لم يكن ذلك رضاعا لانه لا رضاع بعد الفطام وان هي فطمته فأكل أكلا ضعيفا لا يستغني به عن الرضاع ثم عاد فأرضع كما يرضع أولا في الثلاثين شهرا فهو رضاع محرم كما يحرم رضاع الصغير الذي لم يفطم ويحتمل أن تكون رواية الحسن تفسير الظاهر قول أصحابنا وهو وان الرضاع في المدة بعد الفطام انما يكون رضاعا محرما اذا لم يكن الفطام تاما بأن كان لا يستغني بالطعام عن الرضاع فان استغنى لا يحرم بالاجماع ويحمل قول النبي صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد الفصال على الفصال المتعارف المعتاد وهو الفصال التام المغني عن الرضاع ويستوي في الرضاع المحرم قليله وكثيره عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وروي عن عبد الله بن الزبير وعائشة رضي الله عنهما ان قليل الرضاع لا يحرم وبه أخذ الشافعي فقال لا يحرم الا خمس رضعات متفرقات واحتج بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كان فيما نزل عشر رضعات يحرم ثم صرن الى خمس فتوفي النبي صلى الله عليه وسلم وهو فيما يقرأ وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحرم المصة والمصتان ولا الاملاجة والاملاجتان ولان الحرمة بالرضاع لكونه منبتا للحم ومنشرا للعظم وهذا المعنى لا يحصل بالقليل منه فلا يكون القليل محرما ولنا قوله عز وجل وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة مطلقا عن القدر وروي عن علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا قليل الرضاع وكثيره سواء وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال الرضعة الواحدة تحرم وروي أنه لما بلغه أن عبد الله بن الزبير يقول لا تحرم الرضعة والرضعتان فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير وتلي قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وروي أنه لما بلغه أن عائشة رضي الله عنها تقول لا تحرم المصة والمصتان فقال حكم الله تعالى أولى وخير من حكمها وأما حديث عائشة رضي الله عنها فقد قيل انه لم يثبت عنها وهو الظاهر فانه روي أنها قالت توفي النبي صلى الله عليه وسلم وهو مما يتلى في القرآن فالذي نسخه ولا نسخ بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم ولا

يحتمل أن يقال ضاع شئ من القرآن ولهذا ذكر الطحاوى فى اختلاف العلماء ان هذا حديث منكر وانه من صيارفة
الحديث ولئن ثبت فيحتمل أنه كان فى رضاع الكبير فنسخ العدد بنسخ رضاع الكبير وأما حديث المصة
والمصتين فقد ذكر الطحاوى أن فى اسناده اضطرابا لان مداره على عروة بن الزبير عن عائشة رضى الله عنها وروى
أنه سئل عروة عن الرضاعة فقال ما كان فى الحولين وان كان قطرة واحدة تحرم والراوى اذا عمل بخلاف ما روى
أوجب ذلك وهنا فى ثبوت الحديث لانه لو ثبت عنده لعمل به على أنه ان ثبت فيحتمل ان الحرمة لم تثبت لعدم
القدر المحرم و يحتمل أنها لم تثبت لانه لا يعلم ان اللبن وصل الى جوف الصبى أم لا وما لم يصل لا يحرم فلا يثبت لعدم
القدر المحترم ولا تثبت الحرمة بهذا الحديث بالاحتمال ولهذا قال ابن عباس رضى الله عنهما اذا عق الصبى فقد حرم
حين سئل عن الرضعة الواحدة هل تحرم لان العق اسم لما يخرج من بطن الصبى حين يولد أسود لزج اذا وصل
اللبن الى جوفه يقال هل عققتم صبيكم أى هل سقيتموه عسلا ليسقط عنه عقيه انما ذكر ذلك ليعلم أن اللبن قد صار
فى جوفه لانه لا يعق من ذلك اللبن حتى يصير فى جوفه و يحتمل أنه كان ذلك فى ارضاع الكبير حين كان محرما
ثم نسخ وأما قوله ان الرضاع انما يحرم لكونه منبتا للحم منشرا للعظم فنقول القليل ينبت و ينشر بقدره فوجب
أن يحرم بأصله وقدره على أن هذه الاحاديث ان ثبتت فهى مبيحة وما تلونا محرم والمحرم يقضى على المبيح احتياطا
لان الجرعة الكثيرة عنده لا تحرم ومعلوم ان الجرعة الواحدة الكثيرة فى اثبات اللحم وانشار العظم فوق خمس
رضعات صغار فدل أنه لا مدار على هذا وكذا يستوى فيه لبن الحية والميتة بأن حلب لبنها بعد موتها فى قدح فأوجر
به صبى يحرم عندنا وقال الشافعى لبن الميتة لا يحرم ولا خلاف فى أنه اذا حلب لبنها فى حال حياتها فى اناء فأوجر
به الصبى بعد موتها أنه يثبت به الحرمة (وجه) قوله ان حكم الرضاع هو الحرمة والمرأة بالموت خرجت من أن
تكون محلا لهذا الحكم ولهذا لم تثبت حرمة المصاهرة بوطئها عند كم فصار لبنها كلبن البهائم ولو ارتضع صغيران
من لبن بهيمة لا تثبت حرمة الرضاع بينهما كذا هذا واذا لم تثبت الحرمة فى حقها لا تثبت فى حق غيرها لان المرضعة
أصل فى هذا الحكم فأولا يثبت فى حقها ثم يتعدى الى غيرها فاذا لم يثبت فى حقها فكيف يتعدى الى غيرها بخلاف
ما اذا حلب حال حياتها ثم أوجر الصبى بعد وفاتها لانها كانت محلا قابلا للحكم وقت انفصال اللبن منها فلا يبطل بموتها
بعد ذلك وههنا بخلافه ولان اللبن قد ينجس بموتها لتنجس وعائه وهو الثدى فاشبه البول والدم ولنا الحديث المشهور
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب واسم الرضاع لا يقف على الارتضاع من
الثدى فان العرب تقول يتيم راضع وان كان يرضع بلبن الشاة والبقر ولا على فعل الارتضاع منها بدليل انه لو ارتضع
الصبى منها وهى نائمة يسمى ذلك رضاعا حتى يحرم و يقال أيضا أرضع هذا الصبى بلبن هذه الميتة كما يقال أرضع بلبن
الحية وقوله صلى الله عليه وسلم الرضاع من المجاعة وقوله الرضاع ما انبت اللحم وأنشر العظم وقوله صلى الله عليه وسلم
الرضاع ما فتق الامعاء ولبن الميتة يدفع الجوع و ينبت اللحم و ينشر العظم و يفتق الامعاء فيوجب الحرمة ولان اللبن
كان محرما فى حال الحياة والعارض هو الموت واللبن لا يموت كالبيضة كذا روى عن عمر رضى الله عنه انه قال اللبن
لا يموت ولان الموت يحل محل الحياة ولا حياة فى اللبن الا ترى انها لم تتألم بأخذه فى حال حياتها والحيوان يتألم بأخذ
ما فيه حياة من لحمه وسائر اعضائه واذا لم يكن فيه حياة كان حاله بعد موت المرأة كحاله قبل موتها وقبل موتها محرم
كذا بعده وأما قوله المرأة بالموت خرجت من أن تكون محلا للحرمة وهى الاصل فى هذه الحرمة فنقول الحرمة
فى حال الحياة ما ثبتت باعتبار الاصالة والتبعية بل باعتبار انبات اللحم وانشار العظم وقد بقى هذا المعنى بعد الموت
فتبقى الحرمة بخلاف حرمة المصاهرة لانها تثبت لدفع فساد قطيعة الرحم أو باعتبار الجزئية والبعضية لكون الوطء
سببا لحصول الولد وكل واحد من المعنيين لا يتقدر بعد الموت لذلك افترقا وقوله اللبن ينجس بالموت ممنوع وهذا
شئ بناه على أصله فأما على أصل أصحابنا فاللبن لا ينجس بالموت بل هو طاهر بعد الموت وان تنجس الوعاء

الاصلى له ونجاسة الظرف انما توجب نجاسة المظروف اذا لم يكن الظرف معدنا للمظروف وموضعا له فى الاصل فاما اذا كان فى الاصل موضعه ومظانه فنجاسته لا توجب نجاسة المظروف ألا ترى ان الدم الذى يجرى بين اللحم والجلد فى المذكاة لا ينجس اللحم لما كان فى معدنه ومظانه فكذلك اللبن والدليل عليه انه لو حلب لبنها فى حال حياتها فى وعاء نجس فأوجر به الصبى يحرم ولا فرق بين الوعاءين اذا النجس فى الحالين ما يجاور اللبن لا عينه ثم نجاسة الوعاء الذى ليس بمعدن اللبن لما لم يمنع وقوع التحريم فما هو معدن له أولى ويستوى فى تحريم الرضاع الارتضاع من الثدى والاسعاط والايجار لان المؤثر فى التحريم مما هو معدن له أولى ويستوى فى تحريم الرضاع الارتضاع من الثدى والاسعاط والايجار لان المؤثر فى التحريم هو حصول الغذاء باللبن وانبات اللحم وانشار العظم وسد المجاعة لان يتحقق الجزئية وذلك يحصل بالاسعاط والايجار لان السعوط يصل الى الدماغ والى الحلق فيغذى ويسد الجوع والوجور يصل الى الجوف فيغذى وأما الاقطار فى الاذن فلا يحرم لانه لا يعلم وصوله الى الدماغ لضيق الخرق فى الاذن وكذلك الاقطار فى الاحليل لانه لا يصل الى الجوف فضلا عن الوصول الى المعدة وكذلك الاقطار فى العين والقبل لما قلنا وكذلك الاقطار فى الجائفة وفى الآمة لان الجائفة تصل الى الجوف لا الى المعدة والآمة ان كان يصل الى المعدة لكن ما يصل اليها من الجراحة لا يحصل به الغذاء فلا تثبت به الحرمة والحقنة لا تحرم بان حقن الصبى باللبن فى الرواية المشهورة وروى عن محمد انها تحرم وجه هذه الرواية انها وصلت الى الجوف حتى أوجبت فساد الصوم فصار كما لو وصل من الفم وجه ظاهر الرواية أن المعتبر فى هذه الحرمة هو معنى التغذى والحقنة لا تصل الى موضع الغذاء لان موضع الغذاء هو المعدة والحقنة لا تصل اليها فلا يحصل بها انبات اللحم ونشور العظم واندفاع الجوع فلا توجب الحرمة ولو جعل اللبن مخيضا أو رائبا أو شيرازا أو جبنا أو أقطا أو مصلا فتناوله الصبى لا يثبت به الحرمة لان اسم الرضاع لا يقع عليه وكذا لا ينبت اللحم ولا ينشر العظم ولا يكتفى به الصبى فى الاغتذاء فلا يحرم ولو اختلط اللبن بغيره فهذا على وجوه اما ان اختلط بالطعام أو بالدواء أو بالماء أو بلبن البهائم أو بلبن امرأة أخرى فان اختلط بالطعام فان مسته النار حتى نضج لم يحرم فى قولهم جميعاً لانه تغير عن طبعه بالطبخ وان لم تمسه النار فان كان الغالب هو الطعام لم تثبت الحرمة لان الطعام اذا غلب سلب قوة اللبن وأزال معناه وهو التغذى فلا يثبت به الحرمة وان كان اللبن غالبا للطعام وهو طعام يستبين لا يثبت به الحرمة فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يثبت وجه قولهما ان اعتبار الغالب والحاق المغلوب بالعدم أصل فى الشرع فيجب اعتباره ما أمكن كما اذا اختلط بالماء أو بلبن شاة ولابى حنيفة ان الطعام وان كان أقل من اللبن فانه يسلب قوة اللبن لانه يرق ويضعف بحيث يظهر ذلك فى حس البصر فلا تقع الكفاية به فى تغذية الصبى فكان اللبن مغلوبا معنى وان كان غالبا صورة وان اختلط بالدواء أو بالدهن أو بالنبيذ يعتبر فيه الغالب فان كان اللبن غالبا يحرم لان هذه الاشياء لا تحل بصفة اللبن وصيرورته غذاء بل بقدر ذلك لانها انما تخلط باللبن ليوصل اللبن الى ما كان لا يصل اليه بنفسه لاختصاصها بقوة التنفيذ ثم اللبن بانفراده يحرم فمع هذه الاشياء أولى وان كان الدواء هو الغالب لا تثبت به الحرمة لان اللبن اذا صار مغلوبا صار مستهلكا فلا يقع به التغذى فلا تثبت به الحرمة وكذا اذا اختلط بالماء يعتبر فيه الغالب أيضاً فان كان اللبن غالبا يثبت به الحرمة وان كان الماء غالبا لا يثبت به وهذا عندنا وعند الشافعى اذا اقطر من الثدى مقدار خمس رضعات فى حب ماء فسقى منه الصبى تثبت به الحرمة وجه قوله أن اللبن وصل الى جوف الصبى بقدره فى وقته فتثبت الحرمة كما اذا كان اللبن غالبا ولا شك فى وقت الرضاع والدليل على ان القدر المحرم من اللبن وصل الى جوف الصبى ان اللبن وان كان مغلوبا فهو موجود شائع فى أجزاء الماء وان كان لا يرى فيوجب الحرمة ولنا ان الشرع علق الحرمة فى باب الرضاع بمعنى التغذى على ما نطقت به الاحاديث واللبن المغلوب بالماء لا يغذى الصبى لزوال قوته ألا ترى انه لا يقع الاكتفاء به فى تغذية الصبى فلم يكن محرما وقد

خرج الجواب عما ذكره المخالف وذكر الجصاص ان جواب الكتاب ينبغي أن يكون قولهما فاما على قول أبي حنيفة ينبغي ان لا يحرم وان كان اللبن غالبا وقاس الماء على الطعام وجمع بينهما من حيث ان اختلاطه بالماء يسلب قوته وان كان الماء قليلا كاختلاطه بالطعام القليل وفي ظاهر الرواية أطلق الجواب ولم يذكر الخلاف ولو اختلط بلبن البهائم كلبن الشاة وغيره يعتبر فيه الغالب أيضاً لما ذكرنا ولو اختلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى فالحكم للغالب منهما في قول أبي يوسف وروى عن أبي حنيفة كذلك وعند محمد يثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر وجه قول محمد ان اللبنين من جنس واحد والجنس لا يغلب الجنس فلا يكون خلط الجنس بالجنس استهلاكا فلا يصير القليل مستهلكا في الكثير فيغذى الصبي بكل واحد منهما بقدره بانبات اللحم وانشار العظم أو سد الجوع لان أحدهما لا يسلب قوة الآخر والدليل على ان خلط الجنس بالجنس لا يكون استهلاكا ان من غصب من آخر زيتا فخلطه بزيت آخر اشتركا فيه في قولهم جميعاً ولو خلطه بشيرج أو بدهن آخر من غير جنسه يعتبر الغالب فان كان الغالب هو المغصوب كان لصاحبه أن يأخذه و يعطيه قسط ما اختلط بزيته وان كان الغالب غير المغصوب صار المغصوب مستهلكا فيه ولم يكن له أن يشاركه فيه ولكن الغاصب يغرم له مثل ما غصبه فدل ذلك على اختلاف حكم الجنس الواحد والجنسين وأبو يوسف اعتبر هذا النوع من الاختلاط باختلاط اللبن بالماء وهناك الحكم للغالب كذا ههنا ولمحمد ان يفرق بين الفصلين فان اختلاط اللبن بما هو من جنسه لا يوجب الاخلال بمعنى التغذي من كل واحد منهما بقدره لان أحدهما لا يسلب قوة الآخر وليس كذلك اختلاط اللبن بالماء واللبن مغلوب لان الماء يسلب قوة اللبن أو يخل به فلا يحصل التغذي أو يختل والله عز وجل أعلم ولو طلق الرجل امرأته ولها لبن من ولد كانت ولدته منه فانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر وهي كذلك فارضعت صبيا عند الثاني ينظر ان أرضعت قبل ان تحمل من الثاني فالرضاع من الاول بالاجماع لان اللبن نزل من الاول فلا يرتفع حكمه بارتفاع النكاح كما لا يرتفع بالموت وكما لو حلب منها اللبن ثم ماتت لا يبطل حكم الرضاع من لبنها كذا هذا وان أرضعت بعد ما وضعت من الثاني فالرضاع من الثاني بالاجماع لان اللبن منه ظاهرا وان أرضعت بعد ما حملت من الثاني قبل أن تضع فالرضاع من الاول الى أن تضع في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ان علم أن هذا اللبن من الثاني بان ازداد لبنها فالرضاع من الثاني وان لم يعلم فالرضاع من الاول وروى الحسن بن زياد عنه أنها اذا احبلت فاللبن للثاني وقال محمد وزفر الرضاع منهما جميعا الى أن تلد فاذا ولدت فهو من الثاني وجه قول محمد أن اللبن الاول باق والحمل سبب لحدوث زيادة لبن فيجتمع لبنان في ثدي واحد فتثبت الحرمة بهما كما قال في اختلاط أحد اللبنين بالآخر بخلاف ما اذا وضعت لان اللبن الاول ينقطع بالوضع ظاهرا وغالبا فكان اللبن من الثاني فكان الرضاع منه وجه قول أبي يوسف أن الحامل قد ينزل لها لبن فلما ازداد لبنها عند الحمل من الثاني دل أن الزيادة من الحمل الثاني اذ لو لم يكن لكان لا يزداد بل ينقص اذ العادة أن اللبن ينقص بمضي الزمان ولا يزداد فكانت الزيادة دليلا على أنها من الحمل الثاني لا من الاول وجه رواية الحسن عنه ان العادة ان بالحمل ينقطع اللبن الاول و يحدث عنده لبن آخر فكان الموجود عند الحمل الثاني من الحمل الثاني لا من الاول فكان الرضاع منه لا من الاول ولابي حنيفة أن نزول اللبن من الاول ثبت بيقين لان الولادة سبب لنزول اللبن بيقين عادة فكان حكم الاول ثابتا بيقين فلا يبطل حكمه ما لم يوجد سبب آخر مثله بيقين وهو ولادة أخرى لا الحمل لان الحامل قد ينزل لها لبن بسبب الحمل وقد لا ينزل حتى تضع والثابت بيقين لا يزول بالشك وأما قول أبي يوسف لما ازداد اللبن دل على حدوث اللبن من الثاني فممنوع أن زيادة اللبن تدل على حدوث اللبن من الحمل فان لزيادة اللبن أسبابا من زيادة الغذاء وجودته وصحة البدن واعتدال الطبيعة وغير ذلك فلا يدل الحمل على حدوث الزيادة بالشك فلا ينقطع الحكم عن الاول بالشك. وقد خرج الجواب عما قاله محمد والله الموفق للصواب و يستوى في تحريم الرضاع الرضاع المقارن للنكاح والطارئ عليه لان دلائل التحريم لا توجب الفصل بينهما وبيان هذا الاصل في

مسائل اذا تزوج صغيرة فارضعتها أمه من النسب أو من الرضاع حرمت عليه لانها صارت أختاله من الرضاع فتحرم عليه كما فى النسب وكذا اذا أرضعتها أخته أو بنته من النسب أو من الرضاع لانها صارت بنت أخته أو بنت بنته من الرضاعة وأنها تحرم من الرضاع كما تحرم من النسب ولو تزوج صغيرتين رضيعتين فجاءت امرأة أجنبية فارضعتهما معا أو على التعاقب حرمتا عليه لانهما صارتا أختين من الرضاعة فيحرم الجمع بينهما فى حالة البقاء كما يحرم فى حالة الابتداء كما فى النسب ويجوز أن يتزوج احداهما أيتهما شاء لان المحرم هو الجمع كما فى النسب فان كن ثلاثا فارضعتهن جميعا معا حرمن عليه لانهن صرن أخوات من الرضاعة فيحرم الجمع بينهن وله أن يتزوج واحدة منهن أيتهن شاء لما قلنا وان أرضعتهن على التعاقب واحدة بعد واحدة حرمت عليه الاولتان وكانت الثالثة زوجته لانها لما أرضعت الاولى ثم الثانية صارتا أختين فبانتا منه فاذا أرضعت الثالثة فقد صارت أختا لهما لكنهما أجنبيتين فلم يتحقق الجمع فلا تبين منه وكذا اذا أرضعت البنتين معا ثم الثالثة حرمتا والثالثة امرأته لما قلنا ولو أرضعت الاولى ثم الثنتين معا حرمن جميعا لان الاولى لم تحرم كذا الارضاع لعدم الجمع فاذا أرضعت الاخرتين معا صرن أخوات فى حالة واحدة فيفسد نكاحهن ولو كن أربع صبيات فارضعتهن على التعاقب واحدة بعد واحدة حرمن جميعا لانها لما أرضعت الثانية فقد صارت أختا للاولى فحصل الجمع بين الاختين من الرضاعة فبانتا ولما أرضعت الرابعة فقد صارت أختا للثالثة فحصل الجمع فبانتا وحكم المهر والرجوع فى هذه المسائل نذكره فى المسئلة التى تليها وهى ما اذا تزوج صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة أما حكم النكاح فقد حرمتا عليه لان الصغيرة صارت بنتا لها والجمع بين الام والبنت من الرضاع نكاحا حرام كما يحرم من النسب ثم ان كان ذلك بعد ما دخل بالكبيرة لا يجوز له أن يتزوج واحدة منهما أبدا كما فى النسب وان كان قبل أن يدخل بالكبيرة جاز له أن يتزوج الصغيرة لانها ربيبته من الرضاع لم يدخل بامها فلا يحرم عليه نكاحها كما فى النسب لا يجوز له أن يتزوج الكبيرة أبدا لانها أم منكوحته من الرضاع فتحرم بمجرد نكاح البنت دخل بها أو لم يدخل بها كما فى النسب وأما حكم المهر فاما الكبيرة فان كان قد دخل بها فلها جميع مهرها سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد لان المهر قد تأكد بالدخول فلا يحتمل السقوط بعد ذلك فلها مهرها ولها السكنى ولا نفقة لها لان السكنى حق الله تعالى فلا تسقط بفعلها والنفقة تجب حقا لها بطريق الصلة وبالارضاع خرجت عن استحقاق الصلة فان كان لم يدخل بها سقط مهرها فلا مهر لها ولا سكنى ولا نفقة سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد لان الاصل أن الفرقة الحاصلة قبل الدخول توجب سقوط كل المهر لان المبدل يعود سليما الى المرأة وسلامة المبدل لاحد المتعاقدين يوجب سلامة البدل للآخر لئلا يجتمع المبدل والبدل فى ملك واحد فى عقد المبادلة كان ينبغى أن لا يجب على الزوج شئ سواء كانت الفرقة بغير طلاق أو بطلاق الا أن الشرع أوجب عليه فى الطلاق قبل الدخول مالا مقدرا بنصف المهر المسمى ابتداء بطريق المتعة صلة لها تطييبا لقلبها لما لحقها من وحشة الفراق بفوات نعمة الزوجية عنها من غير رضاها فاذا أرضعت فقد رضيت بارتفاع النكاح فلا تستحق شيأ وأما الصغيرة فلها نصف المهر على الزوج عند عامة العلماء وقال مالك لا شئ لها وجه قوله أن الفرقة جاءت من قبلها لوجود علة الفرقة منها وهى ارتضاعها لانه بذلك يحصل اللبن فى جوفها فينبت اللحم وينشر العظم فتحصل الجزئية التى هى المعنى المؤثر فى الحرمة وانما الموجود من المرضعة التمكين من ارتضاعها بالقامها ثديها فكانت محصلة للشرط والحكم للعلة لا للشرط فلا يجب على الزوج للصغيرة شئ ولا يجب على الزوج للمرضعة شئ أيضا ولنا ما ذكرنا ان الفرقة من أيهما كانت توجب سقوط كل المهر لما ذكرنا وانما يجب نصف المهر مقدرا بالمسمى ابتداء صلة للمرأة نظرا لها ولم يوجد من الصغيرة ما يوجب خروجها عن استحقاق النظر لان فعلها لا يوصف بالحظر وليست هى من أهل الرضا لنجعل فعلها دلالة الرضا بارتفاع النكاح فلا تحرم نصف الصداق بخلاف الكبيرة لان اقدامها على الارضاع دلالة الرضا بارتفاع النكاح وهى من أهل الرضا وارضاعها جناية فلا تستحق النظر بايجاب نصف المهر لها ابتداء اذ الجانى لا يستحق النظر على جنايته بل يستحق الزجر وذلك بالحرمان

لئلا يفعل مثله في المستقبل فلا يجب لها شيء سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد لان فعلها جناية في الحالين ويرجع الزوج بما أدى على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان كانت لم تتعمد لم يرجع عليها كذا ذكر المشايخ وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وروى عن محمد أن له أن يرجع عليها سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد وهو قول زفر وبشر المريسي والشافعي وجه قولهم أن هذا ضمان الاتلاف وأنه لا يختلف بالعمد والخطأ والدليل على ان هذا ضمان الاتلاف ان الفرقة حصلت من قبلها بارضاعها ولهذا لم تستحق المهر أصلا ورأسا سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد واذا كان حصول الفرقة من قبلها بارضاعها صارت بالارضاع مؤكدة نصف المهر على الزوج لانه كان محتملا للسقوط بردتها أو تمكينها من ابن الزوج أو تقبيلها اذا كبرت فهي بالارضاع أكدت نصف المهر بحيث لا يحتمل السقوط فصارت متلفة عليه ماله فتضمن وجه قول محمد أنها وان تعمدت الفساد فهي صاحبة شرط في ثبوت الفرقة لان علة الفرقة هي الارتضاع للصغيرة لما بينا والحكم يضاف الى العلة لا الى الشرط على أن ارضاعها ان كان سبب الفرقة فهو سبب محض لانه طرأ عليه فعل اختياري وهو ارتضاع الصغيرة والسبب اذا اعترض عليه فعل اختياري يكون سببا محضا والسبب المحض لا حكم له وان كان صاحب السبب متعمدا في مباشرة السبب كفتح باب الاصطبل والقفص حتى خرجت الدابة وضلت او طار الطير وضاع ولان الضمان لو وجب عليها اما ان يجب باتلاف ملك النكاح أو باتلاف الصداق أو بتأكيد نصفه على الزوج لا وجه للاول لان ملك النكاح غير مضمون بالاتلاف على أصلنا ولا وجه للثاني لانها ما أتلفت الصداق بل اسقطت نصفه والنصف الباقي بقي واجبا بالنكاح السابق ولا وجه للثالث لان التأكيد لا يماثل التفويت فلا يكون اعتداء بالمثل ولابي حنيفة وأبي يوسف أن الكبيرة وان كانت محصلة شرط الفرقة وعلة الفرقة من الصغيرة كما ذكره محمد لكن الاصل ان الشرط مع العلة اذا اشتركا في الحظر والاباحة أي في سبب المؤاخذة وعدمه فاضافة الحكم الى العلة أولى من اضافته الى الشرط فاما اذا كان الشرط محظورا والعلة غير موصوفة بالحظر فاضافة الحكم الى الشرط أولى من اضافته الى العلة كما في حق البئر على قارعة الطريق فالكبيرة اذا لم تكن تعمدت الفساد فقد استوى الشرط والعلة في عدم الحظر فكانت الفرقة مضافة الى العلة وهي ارتضاعها وان كانت تعمدت الفساد كان الشرط محظورا وهو ارضاع الكبيرة والعلة غير موصوفة بالحظر وهي ارتضاع الصغيرة فكان اضافة الحكم الى الشرط أولى واذا اضيفت الفرقة الى الكبيرة عند تعمدها الفساد ووجب نصف المهر للصغيرة على الزوج ابتداء ملازما للفرقة صارت الفرقة الحاصلة منها كانها علة لوجوبه لانه بقي النصف بعد الفرقة واجبا بالنكاح السابق لان ذلك قول بتخصيص العلة لانه قول ببقاء نصف المهر على وجود العلة المسقطة لكله وانه باطل فصارت الكبيرة متلفة هذا القدر من المال على الزوج اذ الاداء مبني على الوجوب فيثبت له حق الرجوع عليها ولهذا المعنى وجب الضمان على شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا بالاجماع بخلاف ما اذا لم تتعمد الفساد لان عند عدم التعمد لا تكون الفرقة مضافة الى فعل الكبيرة فلم يوجد منها علة وجوب نصف المهر على الزوج فلا يرجع عليها وأما مسئلة فتح باب الاصطبل والقفص فكما يلزمهما يلزم محمدا لان عنده يضمن الفاتح وان اعترض على الفتح فعل اختياري فقد خرج الجواب عن الباقي فافهم ثم تعمد الفساد يثبت بثلاثة أشياء بعلمها بنكاح الصغيرة وعلمها بفساد النكاح بارضاعها وعدم الضرورة وهي ضرورة خوف الهلاك على الصغيرة لو لم ترضعها والقول قولها في انها لم تتعمد الفساد مع يمينها لان الزوج بدعوى تعمد الفساد يدعي عليها الضمان وهي تنكر فكان القول قولها وعلى هذا حكم المهر والرجوع في المسائل المتقدمة من الاتفاق والاختلاف ولو تزوج كبيرة وصغيرتين فأرضعتهما الكبيرة فان أرضعتهما معا حرمن عليه لانهما جميعا صارتا بنتين للمرضعة فصار جامعا بينهن نكاحا فحرمن عليه ولا يجوز له أن يتزوج الكبيرة أبدا سواء كان دخل بها أو لم يدخل بها لانها أم منكوحته فتحرم بنفس العقد على البنت ولا يجوز له أن يجمع بين الصغيرتين نكاحا أبدا لانهما صارتا أختين من الرضاع ويجوز أن يتزوج باحداهما ان كان لم يدخل

بالكبيرة

بالكبيرة لانها ربيبته من الرضاع فلا تحرم بمجرد العقد على الام كما فى النسب وان كان قد دخل بها لا يجوز كما فى النسب وان أرضعتهما على التعاقب واحدة بعد أخرى فقد حرمت الكبيرة مع الصغيرة الاولى لانها لما أرضعت الاولى صارت بنتا لها فحصل الجمع بين الام والبنت فبانتا منه وأما الصغيرة الثانية فانما أرضعتها بعد ما بانت الكبيرة فلم يصر جامعا لكنها ربيبته من الرضاع فان كان قد دخل بامها تحرم عليه والا فلا ولا يجوز نكاح الكبيرة بعد ذلك ولا الجمع بين الصغيرتين لما ذكرنا ولو تزوج كبيرة وثلاث صبيات فارضعتهن على التعاقب واحدة بعد أخرى حرمن عليه جميعا لانها لما أرضعت الاولى صارت بنتا لها فحصل الجمع بين الام والبنت فحرمتا عليه ولما أرضعت الثانية فقد أرضعتها والكبيرة والصغيرة الاولى مبانتان فلا يحرم بسبب الجمع لعدم الجمع ولكن ينظر ان كان قد دخل بالكبيرة تحرم عليه للحال لانها ربيبته وقد دخل بامها وان كان لم يدخل بامها لا تحرم عليه للحال حتى ترضع الثالثة فاذا ارتضعت الثالثة حرمتا عليه لانهما صارتا أختين والحكم فى تزوج الكبيرة بعد ذلك والجمع بين صغيرتين وتزوج احدى الصغائر ماذكرنا ولو تزوج صغيرتين وكبيرتين فعمدت الكبيرتان الى احدى الصغيرتين فارضعتاها احداهما بعد أخرى ثم أرضعتا الصغيرة الثانية واحدة بعد أخرى بانت الكبيرتان والصغيرة الاولى والصغيرة الثانية امرأته لانهما لما أرضعتا الصغيرة الاولى صارت كل واحدة من الكبيرتين أم امرأته وصارت الصغيرة بنت امرأته فصار جامعا بينهن فحرمن عليه فلما أرضعتا الثانية فقد أرضعتاها بعد ثبوت البينونة فلم يصر جامعا فلا تحرم هذه الصغيرة بسبب الجمع ولكنها ابنة منكوحة كانت له فان كان لم يدخل بها لا تحرم عليه وان كان قد دخل بها تحرم ولا يجوز له نكاح واحدة من الكبيرتين بعد ذلك بحال والامر فى جواز نكاح الصغيرة الاولى على التفصيل الذى مر ولو كانت احدى الكبيرتين أرضعت الصغيرتين واحدة بعد الاخرى ثم أرضعت الكبيرة الاخرى الصغيرتين واحدة بعد الاخرى ينظر ان كانت الكبيرة الاخيرة بدأت بالتى بدأت بها الكبيرة الاولى بانت الكبيرتان والصغيرة الاولى والصغيرة الاخرى امرأته وان كانت بدأت بالتى لم تبدأ بها الاولى حرمن عليه جميعا وانما كان كذلك لان الكبيرة الاولى لما أرضعت الصغيرة الاولى فقد صارت بنتها فحصل الجمع بين الام والبنت فحرمتا عليه فلما أرضعت الاخرى أرضعتها وهى أجنبية فلم يتحقق الجمع لكن صارت الاخرى ربيبته فان كان لم يدخل بامها لا تحرم وان كان قد دخل بها تحرم فلما جاءت الكبيرة الاخيرة فارضعت الصغيرة الاولى فقد صارت أم منكوحته فحرمت عليه فلما أرضعت الصغيرة الاخرى فقد أرضعتها وهى أجنبية فصارت ربيبته فلا تحرم اذا كان لم يدخل بامها وان كان قد دخل بامها تحرم واذا كانت الكبيرة الاخيرة بدأت بالتى لم تبدأ بها الكبيرة الاولى فقد صارت بنتا لها فصار جامعا بينها مع أمها فحرمتا عليه كما حرمت الكبيرة الاولى مع الصغيرة الاولى فحرمن جميعا ولو كان تحته صغيرة وكبيرة فارضعت أم الكبيرة الصغيرة بانتا لانهما صارتا أختين وكذا اذا أرضعت أخت الكبيرة الصغيرة لانها صارت بنت أخت امرأته والجمع بين المرأة وبين بنت أختها لا يجوز فى الرضاع كما لا يجوز فى النسب ولو أرضعتها عمة الكبيرة أو خالتها لم تبن لانها صارت بنت عمة امرأته أو بنت خالتها ويجوز للانسان أن يجمع بين امرأة وبين بنت عمتها أو بنت خالتها فى النسب فكذا فى الرضاع ولو طلق رجل امرأته ثلاثا ثم أرضعت المطلقة قبل انقضاء عدتها امرأة له صغيرة بانت الصغيرة لانها صارت بنتا له فحصل الجمع فى حال العدة والجمع فى حال قيام العدة كالجمع فى حال قيام النكاح ولو زوج ابنه وهو صغير امرأة لها لبن فارتدت وبانت من الصبى ثم أسلمت فتزوجها رجل فحبلت منه ثم أرضعت بلبنها ذلك الصبى الذى كان زوجها حرمت على زوجها الثانى كذا روى بشر بن الوليد عن محمد لان ذلك الصبى صار ابنا لزوجها فصارت هى منكوحة ابنه من الرضاع فحرمت عليه ولو زوج رجل أم ولده مملوكا له صغيرا فارضعته بلبن السيد حرمت على زوجها وعلى مولاها لان الزوج صار ابنا لزوجها فصارت هى موطوءة أبيه فتحرم عليه ولا يجوز للمولى أن يطأها بملك اليمين لانها

منكوحة ابنه ولو تزوج صغيرة فطلقها ثم تزوج كبيرة لها لبن فأرضعتها حرمت عليه لانها صارت أم منكوحة كانت له فتحرم بنكاح البنت والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يثبت به الرضاع أى يظهر به فالرضاع يظهر بأحد أمرين أحدهما الاقرار والثانى البينة أما الاقرار فهو ان يقول لامرأة تزوجها هى أختى من الرضاع أو أمى من الرضاع أو بنتى من الرضاع و يثبت على ذلك و يصر عليه فيفرق بينهما لانه أقر ببطلان ما يملك ابطاله للحال فيصدق فيه على نفسه واذا صدق لا يحل له وطؤها والاستمتاع بها فلا يكون فى ابقاء النكاح فائدة فيفرق بينهما سواء صدقته أو كذبته لان الحرمة ثابتة فى زعمه ثم ان كان قبل الدخول بها فلها نصف المهر ان كذبته لان الزوج مصدق على نفسه لا عليها بابطال حقها فى المهر وان كان بعد الدخول بها فلها كمال المهر والنفقة والسكنى لانه غير مصدق بابطال حقها فان أقر بذلك ثم قال أوهمت أو أخطأت أو غلطت أو نسيت أو كذبت فهما على النكاح ولا يفرق بينهما عندنا وقال مالك والشافعى يفرق بينهما ولا يصدق على الخطأ وغيره وجه قولهما انه أقر بسبب الفرقة فلا يملك الرجوع كما لو أقر بالطلاق ثم رجع بان قال لامرأته كنت طلقتك ثلاثا ثم قال أوهمت والدليل عليه انه لو قال لامته هذه امرأتى أو أمى أو أختى أو ابنتى ثم قال أوهمت انه لا يصدق وتعتق كذا ههنا ولنا ان الاقرار اخبار فقوله هذه أختى اخبار منه انها لم تكن زوجته قط لكونها محرمة عليه على التأبيد فاذا قال أوهمت صار كانه قال ما تزوجتها ثم قال تزوجتها وصدقته المرأة ولو قال ذلك يقران على النكاح كذا هذا بخلاف الطلاق لان قوله كنت طلقتك ثلاثا اقرار منه بانشاء الطلاق الثلاث من جهته ولا يتحقق انشاء الطلاق الا بعد صحة النكاح فاذا أقر ثم رجع عنه لم يصدق و بخلاف قوله لامته هذه أمى أو ابنتى لان ذلك لا يقتضى نفى الملك فى الاصل ألا ترى انها لو كانت أمه أو ابنته حقيقة جاز دخولها فى ملكه حتى يقع العتق عليها من جهته فتضمن هذا اللفظ منه انشاء العتق عليها فاذا قال أوهمت لا يصدق كما لو قال هذه حرة ثم قال أوهمت وكذلك اذا أقر الزوج بهذا قبل النكاح فقال هذه أختى من الرضاع أو أمى أو بنتى وأصر على ذلك وداوم عليه لا يجوز له أن يتزوجها ولو تزوجها يفرق بينهما ولو قال أوهمت أو غلطت جاز له أن يتزوجها عندنا لما قلنا ولو جحد الاقرار فشهد شاهدان على اقراره فرق بينهما وكذلك اذا أقر بالنسب فقال هذه أمى من النسب أو بنتى أو أختى وليس لها نسب معروف وانها تصلح بنتا له أو أما له فانه يسئل مرة أخرى فان أصر على ذلك وثبت عليه يفرق بينهما لظهور النسب باقراره مع اصراره عليه وان قال أوهمت أو أخطأت أو غلطت يصدق ولا يفرق بينهما عندنا لما قلنا وان كان لها نسب معروف أو لا تصلح أما أو بنتا له لا يفرق بينهما وان دام على ذلك لانه كاذب فى اقراره بيقين والله أعلم

وأما البينة فهى ان يشهد على الرضاع رجلان أو رجل وامرأتان ولا يقبل على الرضاع أقل من ذلك ولا شهادة النساء بانفرادهن وهذا عندنا وقال الشافعى يقبل فيه شهادة أربع نسوة وجه قوله ان الشهادة على الرضاع شهادة على عورة اذ لا يمكن تحمل الشهادة الا بعد النظر الى الثدى وانه عورة فيقبل فيه شهادة النساء على الانفراد كالولادة ولنا ما روى محمد عن عكرمة بن خالد المخزومى عن عمر رضى الله عنه انه قال لا يقبل على الرضاع أقل من شاهدين وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم يظهر النكير من أحد فيكون اجماعا ولان هذا باب مما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد كالمال وانما قلنا ذلك لان الرضاع مما يطلع عليه الرجال أما ثدى الامة فلانه يجوز للاجانب النظر اليه وأما ثدى الحرة فيجوز لمحارمها النظر اليه فثبت ان هذه شهادة مما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد لان قبول شهادتهن بانفرادهن فى أصول الشرع للضرورة وهى ضرورة عدم اطلاع الرجال على المشهود به فاذا جاز الاطلاع عليه فى الجملة لم تتحقق الضرورة بخلاف الولادة فانه لا يجوز لاحد فيها من الرجال الاطلاع عليها فدعت الضرورة الى القبول واذا شهدت امرأة على الرضاع فالافضل للزوج ان يفارقها لما روى عن محمد ان عقبة ابن الحرث قال تزوجت بنت أبى اهاب فجاءت امرأة سوداء فقالت انى أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله صلى

الله

الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم فارقها فقلت انها امرأة سوداء وانها كيت وكيت فقال صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل وفى بعض الروايات قال عقبة فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأعرض ثم ذكرته فأعرض حتى قال فى الثالثة أو الرابعة فدعها اذا وقوله فارقها أو فدعها اذا ندب الى الافضل والاولى ألا ترى انه صلى الله عليه وسلم لم يفرق بينهما بل أعرض ولو كان التفريق واجبا لما أعرض فدل قوله صلى الله عليه وسلم فارقها على بقاء النكاح وروى ان رجلا تزوج امرأة فجاءت امرأة فزعمت انها أرضعتهما فسأل الرجل عليا رضى الله عنه فقال هى امرأتك ليس أحد يحرمها عليك فان تنزهت فهو أفضل وسأل ابن عباس رضى الله عنهما فقال له مثل ذلك ولانه يحتمل ان تكون صادقة فى شهادتها فكان الاحتياط هو المفارقة فاذا فارقها فالافضل له أن يعطيها نصف المهران كان قبل الدخول بها لاحتمال صحة النكاح لاحتمال كذبها فى الشهادة والافضل لها ان لا تأخذ شيأ منه لاحتمال فساد النكاح لاحتمال صدقها فى الشهادة وان كان بعد الدخول فالافضل للزوج ان يعطيها كمال المهر والنفقة والسكنى لاحتمال جواز النكاح والافضل لها ان تأخذ الاقل من مهر مثلها ومن المسمى ولا تأخذ النفقة والسكنى لاحتمال الفساد وان لم يطلقها فهو فى سعة من المقام معها لان النكاح قائم فى الحكم وكذا اذا شهدت امرأتان أو رجل وامرأة أو رجلان غير عدلين أو رجل وامرأتان غير عدول لما قلنا واذا شهد رجلان عدلان أو رجل وامرأتان وفرق بينهما فان كان قبل الدخول بها فلا شىء لها لانه تبين ان النكاح كان فاسدا وان كان بعد الدخول بها يجب لها الاقل من المسمى ومن مهر المثل ولا تجب النفقة والسكنى فى سائر الانكحة الفاسدة والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب النفقة ﴾

النفقة أنواع أربعة نفقة الزوجات ونفقة الاقارب ونفقة الرقيق ونفقة البهائم والجمادات أما نفقة الزوجات فالكلام فيها يقع فى مواضع فى بيان وجوبها وفى بيان سبب الوجوب وفى بيان شرائط الوجوب وفى بيان مقدار الواجب منها وفى بيان كيفية وجوبها وبيان سبب الوجوب وفى بيان ما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها دينا فى الذمة أما وجوبها فقد دل عليه الكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب العزيز فقوله عز وجل أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم أى على قدر ما يجده أحدكم من السعة والمقدرة والامر بالاسكان أمر بالانفاق لانها لا تصل الى النفقة الا بالخروج والاكتساب وفى حرف عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وهو نص وقوله عز وجل ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن أى لا تضاروهن فى الانفاق عليهن فتضيقوا عليهن النفقة فيخرجن أو لا تضاروهن فى المسكن فتدخلوا عليهن من غير استئذان فتضيقوا عليهن المسكن فيخرجن وقوله عز وجل وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن وقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عز وجل لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله وقوله عز وجل ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف قيل هو المهر والنفقة وأما السنة فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله فى النساء فانهن عندكم عوار لا يملكن لانفسهن شيأ وانما أخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله لكم عليهن حق ان لا يوطئن فرشكم أحدا ولا يأذن فى بيوتكم لاحد تكرهونه فان خفتم نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم كسوتهن ورزقهن بالمعروف ثم قال ثلاثا الا هل بلغت ويحتمل أن يكون هذا الحديث تفسيرا لما أجمل الحق فى قوله ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف فكان الحديث مبينا لما فى الكتاب أصله وروى ان رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما حق المرأة على الزوج فقال صلى الله عليه وسلم يطعمها اذا طعم ويكسوها اذا كسى وان لا يهجرها الا فى المبيت ولا يضربها ولا يقبح وقال النبى صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبى سفيان خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك

بالمعروف ولو لم تكن النفقة واجبة لم يحتمل أن يأذن لها بالاخذ من غير اذنه وأما الاجماع فلان الامة أجمعت على هذا وأما المعقول فهو ان المرأة محبوسة بحبس النكاح حقا للزوج ممنوعة عن الاكتساب بحقه فكان نفع حبسها عائدا اليه فكانت كفايتها عليه كقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ولانها اذا كانت محبوسة بحبسه ممنوعة عن الخروج للكسب بحقه فلو لم يكن كفايتها عليه لهلكت ولهذا جعل للقاضي رزق في بيت مال المسلمين لحقهم لانه محبوس لجهتهم ممنوع عن الكسب فجعلت نفقته في مالهم وهو بيت المال كذا ههنا

﴿فصل﴾ وأما سبب وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها وقال الشافعي السبب هو الزوجية وهو كونها زوجة له وربما قالوا ملك النكاح للزوج عليها وربما قالوا القوامية واحتج بقوله تعالى الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من أموالهم أوجب النفقة عليهم لكونهم قوامين والقوامية تثبت بالنكاح فكان سبب وجوب النفقة النكاح لان الانفاق على المملوك من باب اصلاح الملك واستبقائه فكان سبب وجوبه الملك كنفقة المماليك ولنا ان حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح مؤثر في استحقاق النفقة لها عليه لما بينا فاما الملك فلا أثر له لانه قد قوبل بعوض مرة وهو المهر فلا يقابل بعوض آخر اذ العوض الواحد لا يقابل بعوضين ولا حجة له في الآية لان فيها اثبات القوامية بسبب النفقة لا ايجاب النفقة بسبب القوامية وعلى هذا الاصل يبنى انه لا نفقة على مسلم في نكاح فاسد لانعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح لان حق الحبس لا يثبت في النكاح الفاسد وكذا النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة وكذا في عدة منه ان ثبت حق الحبس لانه لم يثبت بسبب النكاح لانعدامه وانما يثبت لتحصين الماء ولان حال العدة لا يكون أقوى من حال النكاح فلما لم تجب في النكاح فلان لا تجب في العدة أولى وتجب في العدة من نكاح صحيح لوجود سبب الوجوب وهو استحقاق الحبس للزوج عليها بسبب النكاح لان النكاح قائم من وجه فتستحق النفقة كما كانت تستحقها قبل الفرقة بل أولى لان حق الحبس بعد الفرقة تأكد بحق الشرع وتأكد السبب يوجب تأكد الحكم فلما وجبت قبل الفرقة فبعدها أولى سواء كانت العدة عن فرقة بطلاق أو عن فرقة بغير طلاق وسواء كانت الفرقة بغير طلاق من قبل الزوج أو من قبل المرأة الا اذا كانت من قبلها بسبب محظور استحسانا أو شرح هذه الجملة ان الفرقة اذا كانت من قبل الزوج بطلاق فلها النفقة والسكنى سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا وسواء كانت حاملا أو حائلا بعد ان كانت مدخولا بها عندنا لقيام حق حبس النكاح وعند الشافعي ان كانت مطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا وهي حامل فكذلك فاما المبتوتة اذا كانت حاملا فلها السكنى ولا نفقة لها لزوال النكاح بالابانة وكان ينبغي أن لا يكون لها السكنى الا انه ترك القياس في السكنى بالنص وعند ابن أبي ليلى لا نفقة للمبتوتة ولا سكنى لها والمسئلة ذكرت في كتاب الطلاق وفي بيان أحكام العدة وسواء كان الطلاق ببدل أو بغير بدل وهو الخلع والطلاق على مال لما قلنا ولو خالعها على أن يبرأ من النفقة والسكنى يبرأ من النفقة ولا يبرأ من السكنى لكنه يبرأ عن مؤنة السكنى لان النفقة حقها على الخلوص وكذا مؤنة السكنى فتملك الابراء عن حقها فاما السكنى ففيها حق الله عز وجل فلا تملك المعتدة اسقاطه ولو أبرأته عن النفقة من غير قطع لا يصح الابراء لان الابراء اسقاط الواجب فيستدعي تقدم الوجوب والنفقة تجب شيأ فشيأ على حسب مرور الزمان فكان الابراء اسقاطا قبل الوجوب فلم يصح بخلاف ما اذا اختلعت نفسها على نفقتها لما ذكرناه في الخلع ولانها جعلت الابراء عن النفقة عوضا عن نفسها في العقد ولا يصح ذلك الا بعد سابقة الوجوب فيثبت الوجوب مقتضى الخلع باصطلاحهما كما لو اصطلحا على النفقة انها تجب وتصير دينا في الذمة كذا هذا وكذلك الفرقة بغير طلاق اذا كانت من قبله فلها النفقة والسكنى سواء كانت بسبب مباح كخيار البلوغ أو بسبب محظور كالردة ووطء أمها أو ابنتها أو تقبيلهما بشهوة بعد ان يكون بعد الدخول بها لقيام السبب وهو حق

الحبس للزوج عليها بسبب النكاح واذا كانت من قبل المرأة فان كانت بسبب مباح كخيار الادراك وخيار العتق وخيار عدم الكفاءة فكذلك لها النفقة والسكنى وان كانت بسبب محظور بان ارتدت أو طاوعت ابن زوجها أو أباه أو لمسته بشهوة فلا نفقة لها استحسانا ولها السكنى وان كانت مستكرهة والقياس ان يكون لها النفقة والسكنى فى ذلك كله وجه القياس ان حق الحبس قائم وتستحق النفقة كما اذا كانت الفرقة من قبلها بسبب مباح وكما اذا كانت الفرقة من قبل الزوج بسبب مباح أو محظور وللاستحسان وجهان أحدهما ان حق الحبس قد بطل بردتها الا ترى انها تحبس بعد الردة جبرا لها على الاسلام لثبوت بقاء حق النكاح فلم تجب النفقة بخلاف ما اذا كانت الفرقة بسبب مباح لان هناك حبس النكاح قائم فبقيت النفقة وكذا اذا كانت من قبل الزوج بسبب هو معصية لانها لا تحبس بردة الزوج فيبقى حبس النكاح فتبقى العدة لكن هذا يشكل بما اذا طاوعت ابن زوجها أو قبلته بشهوة انها لا تستحق النفقة وان بقى حبس النكاح مادامت العدة قائمة ولا اشكال فى الحقيقة لان هناك عدم الاستحقاق لانعدام شرط من شرائط الاستحقاق وهو ان لا يكون الفرقة من قبلها خاصة بفعل هو محظور مع قيام السبب وهو حبس النكاح فاندفع الاشكال بحمد الله تعالى والثانى ان حبس النكاح انما أوجب النفقة عليه صلة لها فاذا وقعت الفرقة بفعلها الذى هو معصية لم تستحق الصلة اذ الجانى لا يستحق الصلة بل يستحق الزجر وذلك فى الحرمان لا فى الاستحقاق كمن قتل مورثه بغير حق انه يحرم الميراث لما قلنا كذا هذا بخلاف ما اذا كانت مستكرهة على الوطء لان فعلها ليس بجناية فلا يوجب حرمان الصلة وكذا اذا كانت الفرقة بسبب مباح وبخلاف الزوج لان النفقة حقها قبل الزوج فلا يؤثر فعله الذى هو معصية فى اسقاط حق الغير فهو الفرق بين الفصلين وانما لم تحرم السكنى بفعلها الذى هو معصية لما قلنا ان فى السكنى حق الله تعالى فلا يحتمل السقوط بفعل العبد ولو ارتدت فى النكاح حتى حرمت النفقة ثم اسلمت فى العدة لا تستحق النفقة ولو ارتدت فى العدة ثم اسلمت وهى فى العدة تعود النفقة ووجه الفرق ان النفقة فى الفصل الثانى بقيت واجبة بعد الفرقة قبل الردة لبقاء سبب الوجوب وهو حبس النكاح وقت وجوب العدة ثم امتنع وجوبها من بعد لعارض الردة فاذا عادت الى الاسلام فقد زال العارض فتعود النفقة وأما فى الفصل الاول فالنفقة لم تبق واجبة وقت وجوب العدة لبطلان سبب وجوبها بالردة فى حق حبس النكاح لان الردة أوجبت بطلان ذلك الحبس فلا يعود من غير تجديد النكاح فلا تعود النفقة بدونه والاصل فى هذا ان كل امرأة لم تبطل نفقتها بالفرقة ثم بطلت فى العدة لعارض منها ثم زال العارض فى العدة تعود نفقتها وكل من بطلت نفقتها بالفرقة لا تعود النفقة فى العدة وان زال سبب الفرقة فى العدة بخلاف ما اذا نشزت ثم عادت انها تستحق النفقة لان النشوز لم يوجب بطلان حق الحبس الثابت بالنكاح وانما فوت التسليم المستحق بالعقد فاذا عادت فقد سلمت نفسها فاستحقت النفقة ولو طاوعت ابن زوجها أو أباه فى العدة أو لمسته بشهوة فان كانت معتدة من طلاق وهو رجعى فلا نفقة لها لان الفرقة ما وقعت بالطلاق وانما وقعت بسبب وجد منها وهو محظور وان كان الطلاق بائنا أو كانت معتدة عن فرقة بغير طلاق فلها النفقة والسكنى بخلاف ما اذا ارتدت فى العدة انه لا نفقة لها الى ان تعود الى الاسلام وهى فى العدة لان حبس النكاح يفوت بالردة ولا يفوت بالمطاوعة والمس ولو ارتدت فى العدة ولحقت بدار الحرب ثم عادت واسلمت أو سبيت واعتقت أو لم تعتق فلا نفقة لها لان العدة قد بطلت باللحاق بدار الحرب لان الردة مع اللحاق بمنزلة الموت ولو طلق امرأته وهى أمة طلاقا بائنا وقد كان المولى بوأها مع زوجها بيتا حتى وجبت النفقة ثم أخرجها المولى لخدمته حتى سقطت النفقة ثم أراد ان يعيدها الى الزوج ويأخذ النفقة كان له ذلك وان لم يكن بوأها المولى بيتا حتى طلقها الزوج ثم أراد ان يبوئها مع الزوج فى العدة لتجب النفقة فانها لا تجب وجه الفرق ان النفقة كانت واجبة فى الفصل الاول لوجود سبب الوجوب وهو الاحتباس وشرطه وهو التسليم الا انه لما أخرجها الى خدمته فقد فوت على الزوج الاحتباس الثابت حقا له والتسليم فامتنع وجوب النفقة حقا له فاذا أعادها الى الزوج عاد حقه فيعود حق

المولى فى النفقة فاما فى الفصل الثانى فالنفقة ما كانت واجبة فى العدة لانعدام سبب الوجوب أو شرط الوجوب وهو التسليم فهو بالبينونة يريد الزام الزوج النفقة ابتداء فى العدة فلا يملك ذلك والاصل فى ذلك ان كل امرأة كانت لها النفقة يوم الطلاق ثم صارت الى حال لا نفقة لها فيها فلها ان تعود وتأخذ النفقة وكل امرأة لا نفقة لها يوم الطلاق فليس لها نفقة أبدا الا الناشزة وتفسير ذلك والوجه فيه ما ذكرنا ويستوى فى نفقة المعتدة عدة الاقراء وعدة الاشهر وعدة الحمل لاستواء الكل فى سبب الاستحقاق فينفق عليها ما دامت فى العدة وان تطاولت المدة لعذر الحبل أو لعذر آخر ويكون القول فى ذلك قولها لان ذلك أمر يعرف من قبلها حتى لو ادعت انها حامل أنفق عليها الى سنتين منذ طلقها لان الولد يبقى فى البطن الى سنتين فان مضت سنتان ولم تضع فقالت كنت أتوهم انى حامل ولم أحض الى هذه الغاية وطلبت النفقة لعذر امتداد الطهر وقال الزوج انك ادعيت الحمل فانما تجب على النفقة لعلة الحمل وأكثر مدة الحمل سنتان وقد مضى ذلك فلا نفقة على فان القاضى لا يلتفت الى قوله ويلزمه النفقة الى ان تنقضى عدتها بالاقراء وتدخل فى عدة الاياس لان أحد العذرين ان بطل وهو عذر الحمل فقد بقى الآخر وهو عذر امتداد الطهر اذا امتد طهرها من ذوات الاقراء وهى مصدقة فى ذلك فان لم تحض حتى دخلت فى حد الاياس أنفق عليها ثلاثة أشهر فان حاضت فى الاشهر الثلاثة واستقبلت العدة بالحيض فلها النفقة لانها معتدة وكذلك لو كانت صغيرة يجامع مثلها فطلقها بعد ما دخل بها انفق عليها ثلاثة أشهر فان حاضت فى الاشهر الثلاثة واستقبلت عدة الاقراء انفق عليها حتى تنقضى عدتها لما قلنا وان طالبته امرأة بالنفقة وقدمته الى القاضى فقال الرجل للقاضى قد كنت طلقتها منذ سنة وقد انقضت عدتها فى هذه المدة وجحدت المرأة الطلاق فان القاضى لا يقبل قول الزوج انه طلقها منذ سنة ولكن يقع الطلاق عليها منذ أقر به عند القاضى لانه يصدق فى حق نفسه لا فى ابطال حق الغير فان أقام شاهدين على انه طلقها منذ سنة والقاضى لا يعرفهما أمره القاضى بالنفقة وفرض لها عليه النفقة لان الفرقة منذ سنة لم تظهر بعد فان أقام بينة عادلة أو أقرت هى انها قد حاضت ثلاث حيض فى هذه السنة فلا نفقة لها على الزوج وان كانت أخذت منه شيأ ترده عليه لظهور ثبوت الفرقة منذ سنة وانقضاء العدة وان قالت لم أحض فى هذه السنة فالقول قولها ولها النفقة لان القول فى انقضاء العدة قولها فان قال الزوج قد أخبرتنى ان عدتها قد انقضت لم يقبل قوله فى ابطال نفقتها لانه غير مصدق عليها فى ابطال حقها ولو طلق امرأته ثلاثا أو بائنا فامتدت عدتها الى سنتين ثم ولدت لاكثر من سنتين وقد كان الزوج أعطاها النفقة الى وقت الولادة فانه يحكم بانقضاء عدتها قبل الولادة لستة أشهر عند أبى حنيفة ومحمد ويسترد نفقة ستة أشهر قبل الولادة وعند أبى يوسف لا يسترد شيأ من النفقة وكذلك اذا طلق امرأته فى حال المرض فامتد مرضه الى سنتين وامتدت عدتها الى سنتين ثم ولدت المرأة بعد الموت بشهر وقد كان أعطاها النفقة الى وقت الوفاة فانها لا ترث ويسترد منها نفقة ستة أشهر عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف ترث ولا يسترد شيأ من النفقة وقد مرت المسئلتان فى كتاب الطلاق ولا نفقة فى الفرقة قبل الدخول باى سبب كانت لارتفاع النكاح من كل وجه فينعدم السبب وهو الحبس الثابت بالنكاح وأم الولد اذا أعتقها مولاها ووجبت عليها العدة لا نفقة لها وان كانت محبوسة ممنوعة عن الخروج لان هذا الحبس لم يثبت بسبب النكاح وانما يثبت لتحصين الماء فاشبهت المعتدة من النكاح الفاسد ولان نفقتها قبل العتق انما وجبت بملك العين لا بالاحتباس وقد زال بالاعتاق ونفقة الزوجة انما وجبت بالاحتباس وأنه قائم

﴿فصل﴾ وأما شرط وجوب هذه النفقة فلوجوبها شرطان أحدهما يعم النوعين جميعا أعنى نفقة النكاح ونفقة العدة والثانى يخص أحدهما وهو نفقة العدة أما الاول فتسليم المرأة نفسها الى الزوج وقت وجوب التسليم ونعنى بالتسليم التخلية وهى أن تخلى بين نفسها وبين زوجها برفع المانع من وطئها أو الاستمتاع بها حقيقة اذا كان المانع من قبلها أو من قبل غير الزوج فان لم يوجد التسليم على هذا التفسير وقت وجوب التسليم فلا نفقة لها وعلى هذا تخرج مسائل اذا

تزوج بالغة حرة صحيحة سليمة ونقلها الى بيته فلها النفقة لوجود سبب الوجوب وشرطه وكذلك اذا لم ينقلها وهي بحيث لا تمنع نفسها وطلبت النفقة ولم يطالبها بالنقلة فلها النفقة لانه وجد سبب الوجوب وهو استحقاق الحبس وشرطه وهو التسليم على التفسير الذى ذكرنا فالزوج بترك النقلة ترك حق نفسه مع امكان الاستيفاء فلا يبطل حقها فى النفقة فان طالبها بالنقلة فامتنعت فان كان امتناعها بحق بان امتنعت لاستيفاء مهرها العاجل فلها النفقة لانه لا يجب عليها التسليم قبل استيفاء العاجل من مهرها فلم يوجد منها الامتناع من التسليم وقت وجوب التسليم وعلى هذا قالوا لو طالبها بالنقلة بعد ما أوفاها المهر الى دار مغصوبة فامتنعت فلها النفقة لان امتناعها بحق فلم يجب عليها التسليم فلم تمتنع من التسليم حال وجوب التسليم ولو كانت ساكنة منزلها فمنعته من الدخول عليها الا على سبيل النشوز فان قالت حولنى الى منزلك أو اكتر لى منزلا أنزله فانى احتاج الى منزلى هذا آخذ كراءه فلها النفقة لان امتناعها عن التسليم فى بيتها لغرض التحويل الى منزله أو الى منزل الكراء امتناع بحق فلم يوجد منها الامتناع من التسليم وقت وجوب التسليم وان كان بغير حق بان كان الزوج قد أوفاها مهرها أو كان مؤجلا فلا نفقة لها لانعدام التسليم حال وجوب التسليم فلم يوجد شرط الوجوب فلا تجب ولهذا لم تجب النفقة للناشزة وهذه ناشزة ولو منعت نفسها عن زوجها بعد ما دخل بها برضاها لاستيفاء مهرها فلها النفقة عند أبى حنيفة لانه منع بحق عنده وعندهما لا نفقة لها لكونه منعا بغير حق عندهما ولو منعت نفسها عن زوجها بعد ما دخل بها على كره منها فلها النفقة لانها محقة فى المنع وان كانت صغيرة يجامع مثلها فهى كالبالغة فى النفقة لان المعنى الموجب للنفقة يجمعهما وان كانت لا يجامع مثلها فلا نفقة لها عندنا وعند الشافعى لها النفقة بناء على أن سبب الوجوب عنده النكاح وشرطه عدم النشوز وقد وجدا وشرط الوجوب عندنا تسليم النفس ولا يتحقق التسليم فى الصغيرة التى لا يجامع مثلها لا منها ولا من غيرها لقيام المانع فى نفسها من الوطء والاستمتاع لعدم قبول المحل لذلك فانعدم شرط الوجوب فلا يجب وقال أبو يوسف اذا كانت الصغيرة تخدم الزوج وينتفع الزوج بها بالخدمة فسلمت نفسها اليه فان شاء ردها وان شاء أمسكها فان أمسكها فلها النفقة وان ردها فلا نفقة لها لانها اذا لم تحتمل الوطء لم يوجد التسليم الذى أوجبه العقد فكان له أن يمتنع من القبول فان أمسكها فلها النفقة لانه حصل له منها نوع منفعة وضرب من الاستمتاع وقد رضى بالتسليم القاصر وان ردها فلا نفقة لها حتى يجيء حال يقدر فيها على جماعها لانعدام التسليم الذى أوجبه العقد وعدم رضاه بالتسليم القاصر وان كان الزوج صغيرا والمرأة كبيرة فلها النفقة لوجود التسليم منها على التفسير الذى ذكرنا وانما العجز من قبل الزوج عن القبض وأنه ليس بشرط لوجوب النفقة وكذلك لو كان الزوج مجبوبا أو عنينا أو محبوسا فى دين أو مريضا لا يقدر على الجماع أو خارجا للحج فلها النفقة لما قلنا ولو كانت المرأة مريضة قبل النقلة مرضا يمنع من الجماع فنقلت وهى مريضة فلها النفقة بعد النقلة وقبلها أيضا فاذا طلبت النفقة فلم ينقلها الزوج وهى لا تمتنع من النقلة لو طالبها الزوج وان كانت تمتنع فلا نفقة لها كالصحيحة كذا ذكر فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه لا نفقة لها قبل النقلة فاذا نقلت وهى مريضة فله أن يردها ووجه رواية أبى يوسف أنه لم يوجد التسليم اذ هو تخلية وتمكين ولا يتحقق ذلك مع المانع وهو تبوء المحل فلا تستحق النفقة كالصغيرة التى لا تحتمل الوطء واذا سلمت نفسها وهى مريضة له أن يردها لان التسليم الذى أوجبه العقد وهو التسليم الممكن من الوطء لما لم يوجد كان له أن لا يقبل التسليم الذى لم يوجبه العقد وهكذا قال أبو يوسف فى الصغيرة التى لم يجامع مثلها أن له ان يردها لما قلنا وجه ظاهر الرواية أن التسليم فى حق التمكين من الوطء ان لم يوجد فقد وجد فى حق التمكين من الاستمتاع وهذا يكفى لوجوب النفقة كما فى الحائض والنفساء والصائمة صوم رمضان واذا امتنعت فلم يوجد منها التسليم رأسا فلا تستحق النفقة وقال أبو يوسف اذا كانت المريضة تؤنسه وينتفع بها فى غير الجماع فان شاء ردها وان شاء أمسكها فان أمسكها فلها النفقة وان ردها فلا نفقة لها لما ذكرنا فى الصغيرة وان نقلت وهى صحيحة ثم مرضت فى بيت الزوج مرضا لا تستطيع معه الجماع لم تبطل نفقتها بلا خلاف لان التسليم المطلق وهو التسليم

الممكن من الوطء والاستمتاع قد حصل بالانتقال لانها كانت صحيحة كذا الانتقال ثم قصر التسليم لعارض يحتمل الزوال فاشبه الحيض أو نقول التسليم المستحق بالعقد في حق المريضة التي لا تحتمل الجماع قبل الانتقال و بعده هو التسليم في حق الاستمتاع لا في حق الوطء كما في حق الحائض وكذا اذا نقلها ثم ذهب عقلها فصارت معتوهة مغلوبة أو كبرت فطعنت في السن حتى لا يستطيع زوجها جماعها أو أصابها بلاء فلها النفقة لما قلنا ولو حبست في دين ذكر في الجامع الكبير أن لا نفقة لها ولم يفصل بين ما اذا كان الحبس قبل الانتقال أو بعده و بين ما اذا كانت قادرة على التخلية أو لا لان حبس النكاح قد بطل باعتراض حبس الدين لان صاحب الدين أحق بحبسها بالدين وفات التسليم أيضا بمعنى من قبلها وهو مطلها فصارت كالناشزة وذكر الكرخي أنها اذا كانت محبوسة في دين من قبل النقلة فان كانت تقدر على أن تخلي بينه و بين نفسها فلها النفقة وان كانت في موضع لا تقدر على التخلية فلا نفقة لها وهذا تفسير ما أجمله محمد في الجامع لانها اذا كانت تقدر على أن توصله اليها فالظاهر منها عدم المنع لو طالبها الزوج وهذا تفسير التسليم فان لم يطالبها فالتقصير جاء من قبله فلا يسقط حقها وان كانت لا تقدر على التخلية فالتسليم فات بمعنى من قبلها وهو مماطلتها فلا تستوجب النفقة ولو حبست بعد النقلة لم تبطل نفقتها لما قلنا في المريضة وذكر القدوري أن ما ذكره الكرخي في الحبس محمول على ما اذا كانت محبوسة لا تقدر على قضائه فاما اذا كانت قادرة على القضاء فلم تقض فلا نفقة لها وهذا صحيح لانها اذا لم تقض مع القدرة على القضاء صارت كانها حبست نفسها فتصير بمعنى الناشزة ولو فرض القاضي لها النفقة ثم أخذها رجل كارهة فهرب بها شهرا أو غصبها غاصب لم يكن لها نفقة في المدة التي منعها لفوات التسليم لا لمعنى من جهة الزوج وروى عن أبي يوسف أن لها النفقة لان الفوات ما جاء من قبلها والرتقاء والقرناء لهما النفقة بعد النقلة وقبلها اذا طلبتا ولم يظهر منهما الامتناع في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أن لهما النفقة بعد الانتقال فاما قبل الانتقال فلا نفقة لهما وجه رواية أبي يوسف أن التسليم الذي أوجبه العقد لم يوجد في حقهما قبل الانتقال و بعده الا أنه لما قبلهما مع العلم بالعيب فقد رضي بالتسليم القاصر كما قال في المريضة الا أن ههنا قال لا يجوز له أن يردهما وقال في الصغيرة التي ينتفع بها في الخدمة والمريضة التي يستأنس بها أن له أن يردهما وجه ظاهر الرواية ان العقد انعقد في حقهما موجبا تسليم مثلهما وهو التمكين من الاستمتاع دون الوطء وهذا النوع من التسليم يكفي لاستحقاق النفقة كتسليم الحائض والنفساء والمحرمة والصائمة مع ما ان التسليم المطلق يتصور منهما بواسطة ازالة المانع من الرتق والقرن بالعلاج فيمكن الانتفاع بهما وطأ ولو حجت المرأة حجة فريضة فان كان ذلك قبل النقلة فان حجت بلا محرم ولا زوج فهي ناشزة وان حجت مع محرم لها دون الزوج فلا نفقة لها في قولهم جميعا لانها امتنعت من التسليم بعد وجوب التسليم فصارت كالناشزة وان كانت انتقلت الى منزل الزوج ثم حجت مع محرم لها دون الزوج فقد قال أبو يوسف لها النفقة وقال محمد لا نفقة لها وجه قول محمد ان التسليم قد فات بامر من قبلها وهو خروجها فلا تستحق النفقة كالناشزة ولابي يوسف ان التسليم المطلق قد حصل بالانتقال الى منزل الزوج ثم فات بعارض أداء فرض وهذا لا يبطل النفقة كما لو انتقلت الى منزل زوجها ثم لزمها صوم رمضان أو نقول حصل التسليم المطلق بالانتقال ثم فات لعذر فلا تسقط النفقة كالمريضة ثم اذا وجبت لها النفقة على أصل أبي يوسف يفرض لها القاضي نفقة الاقامة لا نفقة السفر لان الزوج لا يلزمه الا نفقة الحضر فاما زيادة المؤنة التي تحتاج اليها المرأة في السفر من الكراء ونحو ذلك فهي عليها لا عليه لانها الاداء الفرض والفرض عليها فكانت تلك المؤنة عليها لا عليه كما لو مرضت في الحضر كانت المداواة عليها لا على الزوج فان جاورت بمكة أو أقامت بها بعد أداء الحج اقامة لا تحتاج اليها سقطت نفقتها لانها غير معذورة في ذلك فصارت كالناشزة فان طلبت نفقة ثلاثة أشهر قدر الذهاب والمجيء لم يكن على الزوج ذلك ولكن يعطيها نفقة شهر واحد فاذا عادت أخذت ما بقي لان الواجب عليه لها نفقة الاقامة لا نفقة السفر ونفقة الاقامة تفرض لها كل شهر فشهر

وهذه

وهذه الجملة لا تتفرع على أصل محمد هذا اذا لم يخرج الزوج معها الى الحج فأما اذا خرج فلها النفقة بلا خلاف لوجود التسليم المطلق لامكان الانتفاع بها وطأ واستمتاعا فى الطريق فصارت كالمقيمة فى منزله ولو آلى منها أو ظاهر منها فلها النفقة لان حق الحبس قائم والتسليم موجود لتمكنه من وطئها والاستمتاع بها بغير واسطة فى الايلاء وبواسطة تقديم الكفارة فى الظهار فوجد سبب وجوب النفقة وشرط وجوبها فتجب ولو تزوج أخت امرأته أو عمتها أو خالتها ولم يعلم بذلك حتى دخل بها فرق بينهما ووجب عليه أن يعتزلها مدة عدة أختها فلامرأته النفقة لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو التسليم الا انه امتنع الانتفاع بها بعارض يزول فأشبه الحيض والنفاس وصوم رمضان ولا نفقة لاختها وان وجبت عليها العدة لانها معتدة من نكاح فاسد وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا تزوج حر أو عبد أمة أو قنة أو مدبرة أو أم ولد انه ان بوأها المولى تجب النفقة والا فلا لان سبب الوجوب وهو حق الحبس وشرطه وهو التسليم لا يتحقق بدون التبوئة لان التبوئة هو ان يخلى المولى بينها وبين زوجها فى منزل زوجها لا يستخدمها فاذا كانت مشغولة بخدمة المولى لم تكن محبوسة عند الزوج ولا مسلمة اليه ولا يجبر المولى على التبوئة لان خدمتها حق المولى فلا يجبر الانسان على ايفاء حق نفسه لغيره فان بوأها المولى ثم بدا له أن يستخدمها فله ذلك لما ذكرنا ان خدمتها حق المولى لان منافع سائر الاعضاء بقيت على ملكه وانما أعارها للزوج بالتبوئة وللمعير أن يسترد عاريته ولا نفقة على الزوج مدة الاستخدام لفوات التسليم فيها من جهة المولى ولو بوأها مولاها بيت الزوج فكانت تجىء فى أوقات الى مولاها فتخدمه من غير ان يستخدمها قالوا لا تسقط نفقتها لان الاسترداد انما يحصل بالاستخدام ولم يوجد ولان هذا القدر من الخدمة لا يقدح فى التسليم كالحرة اذا خرجت الى منزل أبيها وان كانت مكاتبة تزوجت باذن المولى حتى جاز العقد فلها النفقة ولا يشترط التبوئة لان خدمتها ليست حق المولى اذ لا حق للمولى فى منافعها ألا ترى انه ليس للمولى أن يستخدمها فكانت فى منافعها كالحرة فيجبر المولى على التسليم ويجب على الزوج النفقة والعبد اذا تزوج باذن المولى حرة أو أمة فهو فى وجوب النفقة كالحر لاستوائهما فى سبب الوجوب وهو حق الحبس وشرطه وهو التسليم ولهذا استويا فى وجوب المهر الا ان الفرق بينهما ان النفقة اذا صارت مفروضة على العبد تتعلق برقبته وكسبه يباع فيها الا ان يفديه المولى فيسقط حق الغريم كسائر الديون ويبدأ بها قبل الغلة لمولاه فان كان المولى ضرب عليه ضريبة فان نفقة امرأته تقدم على ضريبة مولاه لانها بالفرض صارت دينا فى رقبته حتى يباع بها فأشبه سائر الديون بخلاف الغلة فانها لا تجب للمولى على عبده دين فى الحقيقة فان مات العبد قبل البيع بطلت النفقة ولا يؤخذ المولى بشىء لفوات محل التعليق فيبطل التعليق كالعبد المرهون اذا هلك يبطل الدين الذى تعلق به وكذلك اذا قتل العبد فى ظاهر الرواية وذكر الكرخى انه اذا قتل كانت النفقة فى قيمته وجه ما ذكره الكرخى ان القيمة قامت مقام العبد لانها بدله فتقوم مقامه كانه هو كما فى سائر الديون وجه ظاهر الرواية ان القيمة انما تقام مقام الرقبة فى الديون المطلقة لا فيما يجرى مجرى الصلات والنفقة تجرى مجرى الصلات على أصل أصحابنا لما نذكر ان شاء الله تعالى فتسقط بالموت قبل القبض كسائر الصلات ولهذا لو كان الزوج حرا فقتل خطأ سقطت عندنا ولا تقام الدية مقامه فكذا اذا كان عبدا وكذلك المدبر وأم الولد لما قلنا غير ان هؤلاء لا يباعون لان ديونهم تتعلق باكسابهم لا برقابهم لتعذر استيفائها من رقابهم لان الاستيفاء بالبيع ورقابهم لا تحتمل البيع وأما المكاتب فعندنا يتعلق الدين برقبته وكسبه كالقن لتصور الاستيفاء من رقبته لاحتمال العجز لانه اذا عجز يعود قنا فيسعى فيها ما دام مكاتبا فاذا قضى بعجزه وصار قنا يباع فيها الا ان يفديه المولى كما فى الكتابة وأما المعتق البعض فهو عند أبى حنيفة بمنزلة المكاتب الا انه لا يتصور فيه العجز والبيع فى الدين فيسعى فى نفقتها وعندهما هو حر عليه دين ولا يجب على العبد نفقة ولده سواء كان من امرأة حرة أو أمة لانه ان كان من حرة يكون حرا فلا يجب على العبد نفقة

الحر وتكون على الام نفقته ان كانت غنية وان كانت محتاجة فعلى من يرث الولد من القرابة وان كان من أمة فيكون عبدا لمولاها فلا يلزم غيره نفقته وكذلك الحر اذا تزوج أمة فولدت له أولادا فنفقة الاولاد على مولى الامة لانهم مماليكه والعبد والحر فى ذلك سواء وكذلك المدبرة وأم الولد فى هذا كالامة القنة لما قلنا وان كان مولى الامة فى هذه المسائل فقيرا والزوج أب الولد غنيا لا يؤمر الاب بالنفقة على ولده بل اما ان يبيعه مولاه أو ينفق عليه ان كان من أمة قنة وان كان من مدبرة أو أم ولد ينفق الاب عليه ثم يرجع على المولى اذا أيسر لتعذر الجبر على البيع ههنا لعدم قبول المحل فأما اذا كانت مكاتبة فنفقة أولادها لا تجب على زوجها وانما تجب على الام المكاتبة سواء كان الاب حرا أو عبدا لان ولد المكاتبة ملك المولى رقبة وهو حق المكاتبة كسبا ألا ترى انها تستعين باكسابه فى رقبتها وعتقها واذا كانت اكسابه حقا لها كانت نفقته عليها لان نفقة الانسان تتبع كسبه قال النبي صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان زوج ابنته من عبده فلها النفقة على العبد لان البنت يجب لها على أبيها دين فيجوز أن يجب على عبد أبيها وان زوج أمته من عبده فنفقتهما جميعا على المولى لانهما جميعا ملك المولى والله عز وجل أعلم والكتابية فى استحقاق النفقة على زوجها المسلم كالمسلمة لاستوائهما فى سبب الاستحقاق وشرطه والذمى فى وجوب النفقة عليه لزوجته التى ليست من محارمه كالمسلم لاستوائهما فى سبب الوجوب وشرطه ولان ماذكرنا من دلائل الوجوب لا يوجب الفصل بين المسلم والذمى فى النفقة ولقول النبي صلى الله عليه وسلم واذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وعلى المسلم نفقة زوجته فهكذا على الذمى وأما اذا كانت من محارمه فقد قال أبو حنيفة انها اذا طلبت النفقة فان القاضى يقضى بالنفقة لها وعند أبى يوسف ومحمد وزفر والشافعى لا يقضى بناء على ان هذا النكاح فاسد عندهم وأما عند أبى حنيفة فقد ذكر بعض مشايخنا انه صحيح عندهم حتى قال انهما يقران عليه ولا يعترض عليهما قبل ان يترافعا أو يسلم أحدهما وذكر الكرخى ان هذا النكاح فاسد بالاجماع وانما أوجب أبو حنيفة النفقة مع فساد هذا النكاح لانهما يقران عليه مع فساده عنده فان أبا حنيفة قال انى أفرض عليه النفقة لكل امرأة أقرت على نكاحها جائزا كان النكاح عندى أو باطلا ووجهه انه لما أقره على نكاحها فقد الحق هذا النكاح بالنكاح الصحيح فى حق وجوب النفقة وقد يلحق النكاح الفاسد بالصحيح فى بعض الاحكام من النسب والعدة وغير ذلك ويستوى فى استحقاق هذه النفقة المعسرة والموسرة فتستحق الزوجة النفقة على زوجها وان كانت موسرة لاستوائهما فى سبب الاستحقاق وشرطه ولان هذه النفقة لها شبه بالاعواض فيستوى فيها الفقير والغنى كنفقة القاضى والمضارب بخلاف نفقة المحارم انها لا تجب للغنى لانها تجب صلة محضة لمكان الحاجة فلا تجب عند عدم الحاجة وتجب هذه النفقة من غير قضاء القاضى لكنها لا تصير دينا فى الذمة الا بقضاء أو رضا على مانذكر ان شاء الله تعالى بخلاف نفقة ذوى الارحام فانها لا تجب من غير قضاء القاضى ونفقة الوالدين والمولودين تجب من غير قضاء القاضى والفرق بين هذه الجملة يذكر فى نفقة الاقارب ان شاء الله تعالى ولا نفقة للناشزة لفوات التسليم بمعنى من جهتها وهو النشوز والنشوز فى النكاح ان تمنع نفسها من الزوج بغير حق خارجة من منزله بان خرجت بغير اذنه وغابت أو سافرت فاما اذا كانت فى منزله ومنعت نفسها فى رواية فلها النفقة لانها محبوسة لحقه منتفع بها ظاهرا وغالبا فكان معنى التسليم حاصلا والنشوز فى العدة ان تخرج من بيت العدة مراغمة لزوجها أو تخرج لمعنى من قبلها وقد روى ان فاطمة بنت قيس كانت تبذو على احمائها فنقلها النبي صلى الله عليه وسلم الى بيت ابن أم مكتوم ولم يجعل لها نفقة ولا سكنى لان الاخراج كان بمعنى من قبلها فصارت كانها خرجت بنفسها مراغمة لزوجها وأما الثانى وهو الشرط الذى يخص نفقة العدة فهو ان لا يكون وجوب العدة بفرقة حاصلة من قبلها بسبب محظور استحسانا والقياس انه ليس بشرط وقد مر وجه القياس والاستحسان فيما تقدم وكل امرأة لها النفقة فلها الكسوة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وغير ذلك من النصوص التى ذكرناها فيما تقدم ولان سبب وجوبهما

لا

لا يختلف وكذا شرط الوجوب ويجبان على الموسر والمعسر لان دليل الوجوب لا يفصل والله أعلم وكل امرأة لها النفقة لها السكنى لقوله عز وجل أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقرأ ابن مسعود رضى الله عنه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم ولانهما استويا فى سبب الوجوب وشرطه وهو ما ذكرنا فيستويان فى الوجوب ويستوى فى وجوبهما أصل الوجوب الموسر والمعسر لان دلائل الوجوب لا توجب الفصل وانما يختلفان فى مقدار الواجب منهما وسنبينه ان شاء الله تعالى فى موضعه ولو أراد الزوج ان يسكنها مع ضرتها أو مع احمائها كأم الزوج وأخته وبنته من غيرها وأقاربه فأبت ذلك عليه ان يسكنها فى منزل مفرد لانهن ربما يؤذينها ويضررن بها فى المساكنة وإباؤها دليل الاذى والضرر ولانه يحتاج الى ان يجامعها ويعاشرها فى أى وقت يتفق ولا يمكنه ذلك اذا كان معهما ثالث حتى لو كان فى الدار بيوت ففرغ لها بيتا وجعل لبيتها غلقا على حدة قالوا انها ليس لها ان تطالبه ببيت آخر ولو كانت فى منزل الزوج وليس معها أحد يساكنها فشكت الى القاضى ان الزوج يضربها ويؤذيها سأل القاضى جيرانها فان أخبروا بما قالت وهم قوم صالحون فالقاضى يؤدبه ويأمره بان يحسن اليها ويأمر جيرانه ان يتفحصوا عنها وان لم يكن الجيران قوما صالحين أمره القاضى ان يحولها الى جيران صالحين فان أخبروا القاضى بخلاف ما قالت أقرها هنالك ولم يحولها وللزوج ان يمنع أباها وأمها وولدها من غيره ومحارمها من الدخول عليها لان المنزل منزله فكان له ان يمنع من شاء وليس له ان يمنعهم من النظر اليها وكلامها خارج المنزل لان ذلك ليس بحق له الا أن يكون فى ذلك فتنة بان يخاف عليها الفساد فله ان يمنعهم من ذلك أيضا

﴿فصل﴾ وأما بيان مقدار الواجب منها فالكلام فى هذا الفصل فى موضعين أحدهما فى بيان ما تقدر به هذه النفقة والثانى فى بيان من تقدر به اما الاول فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا هذه النفقة غير مقدرة بنفسها بل بكفايتها وقال الشافعى مقدرة بنفسها على الموسر مدان وعلى المتوسط مد ونصف وعلى المعسر نصف مد واحتج بظاهر قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته أى قدر سعته فدل انها مقدرة ولانه اطعام واجب فيجب ان يكون مقدرا كالاطعام فى الكفارات ولانها وجبت بدلا لانها تجب بمقابلة الملك عندى ومقابلة الحبس عندكم فكانت مقدرة كالثمن فى البيع والمهر فى النكاح ولنا قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مطلقا عن التقدير فمن قدر فقد خالف النص ولأنه أوجبها باسم الرزق ورزق الانسان كفايته فى العرف والعادة كرزق القاضى والمضارب وروى ان هند امرأة أبى سفيان قالت يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وانه لا يعطينى ما يكفينى وولدى فقال صلى الله عليه وسلم خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف نص عليه أفضل الصلاة والسلام على الكفاية فدل ان نفقة الزوجة مقدرة بالكفاية ولانها وجبت بكونها محبوسة بحق الزوج ممنوعة عن الكسب لحقه فكان وجوبها بطريق الكفاية كنفقة القاضى والمضارب وأما الآية فهى حجة عليه لان فيها أمر الذى عنده السعة بالانفاق على قدر السعة مطلقا عن التقدير بالوزن فكان التقدير به تقييد المطلق فلا يجوز الا بدليل وقوله انه اطعام واجب يبطل بنفقة الاقارب فانه اطعام واجب وهى غير مقدرة بنفسها بل بالكفاية والتقدير بالوزن فى الكفارات ليس لكونها نفقة واجبة بل لكونها عبادة محضة لوجوبها على وجه الصدقة كالزكاة فكانت مقدرة بنفسها كالزكاة ووجوب هذه النفقة ليس على وجه الصدقة بل على وجه الكفاية فتتقدر بكفايتها كنفقة الاقارب وأما قوله انها وجبت بدلا ممنوع ولسنا نقول انها تجب بمقابلة الحبس بل تجب جزاء على الحبس ولا يجوز ان تكون واجبة بمقابلة ملك النكاح لما ذكرنا واذا كان وجوبها على سبيل الكفاية فيجب على الزوج من النفقة قدر ما يكفيها من الطعام والادام والدهن لان الخبز لا يؤكل عادة الا مأدوما والدهن لا بد منه للنساء ولا تقدر نفقتها بالدراهم والدنانير على أى سعر كانت لان فيه اضرارا باحد الزوجين اذ السعر قد يغلو وقد يرخص بل تقدر لها على حسب اختلاف الاسعار غلاء ورخصا رعاية للجانبين ويجب عليه من الكسوة فى كل سنة مرتين صيفية وشتوية لانها كما تحتاج الى الطعام والشراب تحتاج الى اللباس

لستر العورة ولدفع الحر والبرد و يختلف ذلك باليسار والاعسار والشتاء والصيف على ما نذكر ان شاء الله تعالى وذكر فى كتاب النكاح ان المعسر يفرض عليه خمسة دراهم فى الشهر والموسر عشرة وذلك محمول على اعتبار قرار السعر فى الوقت ولو جاء الزوج بطعام يحتاج الى الطبخ والخبز فابت المرأة الطبخ والخبز يعنى بان تطبخ وتخبز لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الاعمال بين على وفاطمة رضى الله عنهما فجعل أعمال الخارج على على وأعمال الداخل على فاطمة رضى الله عنهما ولكنها لاتجبر على ذلك ان أبت و يؤمر الزوج ان يأتى لها بطعام مهيأ ولو استأجرها للطبخ والخبز لم يجز ولا يجوز لها أخذ الاجرة على ذلك لانها لو أخذت الاجرة لاخذتها على عمل واجب عليها فى الفتوى فكان فى معنى الرشوة فلا يحل لها الاخذ وذكر الفقيه أبو الليث ان هذا اذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت من بنات الاشراف فاما اذا كانت تقدر على ذلك وهى ممن تخدم بنفسها تجبر على ذلك وان كان لها خادم يجب لخادمها أيضا النفقة والكسوة اذا كانت متفرغة لشغلها ولخدمتها لا شغل لها غيرها لان أمور البيت لا تقوم بها وحدها فتحتاج الى خادم ولا يجب عليه لاكثر من خادم واحد فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يجب لخادمين ولا يجب لاكثر من ذلك وروى عنه رواية أخرى ان المرأة اذا كانت يجل مقدارها عن خدمة خادم واحد وتحتاج الى أكثر من ذلك يجب لاكثر من ذلك بالمعروف وبه أخذ الطحاوى وجه ظاهر قول أبى يوسف ان خدمة امرأة لاتقوم بخادم واحد بل تقع الحاجة الى خادمين يكون أحدهما معينا للآخر وجه قولهما ان الزوج لو قام بخدمتها بنفسه لا يلزمه نفقة خادم أصلا وخادم واحد يقوم مقامه فلا يلزمه غيره لانه اذا أقام مقامه صار كانه خدم بنفسه ولان الخادم الواحد لابد منه والزيادة على ذلك ليس له حد معلوم يقدر به فلا يكون اعتبار الخادمين أولى من الثلاثة والاربعة فيقدر بالاقل وهو الواحد هذا اذا كان الزوج موسرا فاما اذا كان معسرا فقد روى الحسن عن أبى حنيفة انه ليس عليه نفقة خادم وان كان لها خادم وقال محمد ان كان لها خادم فعليه نفقته والافلا وجه قول محمد انه لما كان لها خادم علم انها لاترضى بالخدمة بنفسها فكان على الزوج نفقة خادمها وان لم يكن لها خادم دل انها راضية بالخدمة بنفسها فلا يجبر على اتخاذ خادم لم يكن وجه رواية الحسن ان الواجب على الزوج المعسر من النفقة أدنى الكفاية وقد تكتفى المرأة بخدمة نفسها فلا يلزمه نفقة الخادم وان كان لها خادم وأما الثانى وهو بيان من يقدر به هذه النفقة فقد اختلف فيه أيضا ذكر الكرخى ان قدر النفقة والكسوة يعتبر بحال الزوج فى يساره واعساره لابحالها وهو قول الشافعى أيضا وذكر الخصاف انه يعتبر بحالهما جميعا حتى لو كانا موسرين فعليه نفقة اليسار وان كانا معسرين فعليه نفقة الاعسار وكذلك اذا كان الزوج معسرا والمرأة موسرة ولا خلاف فى هذه الجملة فاما اذا كان الزوج موسرا والمرأة معسرة فعليه نفقة اليسار على ماذكره الكرخى وعلى قول الخصاف عليه أدنى من نفقة الموسرات وأوسع من نفقة المعسرين حتى لو كان الزوج مفرطا فى اليسار يأكل خبز الحوارى ولحم الحمل والدجاج والمرأة مفرطة فى الفقر تأكل فى بيتها خبز الشعير لا يجب عليه أن يطعمها ما يأكله ولا يطعمها ما كانت تأكل فى بيت أهلها أيضا ولكن يطعمها خبز الحنطة ولحم الشاة وكذلك الكسوة على هذا الاعتبار وجه قول الخصاف ان فى اعتبار حالهما فى تقدير النفقة والكسوة نظرا من الجانبين فكان أولى من اعتبار حال أحدهما والصحيح ماذكره الكرخى لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها وهذا نص فى الباب واذا عرف هذا فنقول اذا كان الزوج معسرا ينفق عليها أدنى ما يكفيها من الطعام والادام والدهن بالمعروف ومن الكسوة أدنى ما يكفيها من الصيفية والشتوية وان كان متوسطا ينفق عليها أوسع من ذلك بالمعروف ومن الكسوة أرفع من ذلك بالمعروف وان كان غنيا ينفق عليها أوسع من ذلك كله بالمعروف ومن الكسوة أرفع من ذلك كله بالمعروف وانما كانت النفقة والكسوة بالمعروف لان دفع الضرر عن الزوجين واجب وذلك فى ايجاب الوسط من الكفاية وهو تفسير المعروف فيكفيها من الكسوة فى الصيف قميص وخمار

وملحفة

وملحفة وسراويل أيضا فى عرف ديارنا على قدر حاله من الخشن واللين والوسط والخشن اذا كان من الفقراء واللين اذا كان من الاغنياء والوسط اذا كان من الاوساط وذلك كله من القطن أو الكتان على حسب عادات البلدان الا الخمار فانه يفرض على الغنى خمار حرير وفى الشتاء يزاد على ذلك حشو يا وفروة بحسب اختلاف البلاد فى الحر والبرد وأما نفقة الخادم فقد قيل ان الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم كما يلزم المعسر نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية وكذا الكسوة ولو اختلفا فقالت المرأة انه موسر وعليه نفقة الموسرين وقال الزوج انى معسر وعلى نفقة المعسرين والقاضى لا يعلم بحاله ذكر فى كتاب النكاح ان القول قول الزوج مع يمينه وكذا ذكر القاضى والخصاف وذكر محمد فى الزيادات ان القول قول المرأة مع يمينها وأصل هذا انه متى وقع الاختلاف بين الطالب وبين المطلوب فى يسار المطلوب واعساره فى سائر الديون فالمشايخ اختلفوا فيه منهم من جعل القول قول المطلوب مطلقا ومنهم من جعل القول قول الطالب مطلقا ومنهم من حكم فيه رأى المطلوب ومحمد فصل بين الامرين فجعل القول قول الطالب فى البعض وقول المطلوب فى البعض وذكر فى الفصل أصلا يوجب أن يكون القول فى النفقة قول المرأة وكذا فصل الخصاف لكنه ذكر أصلا يقتضى أن يكون القول فى النفقة قول الزوج وبيان الاصلين وذكر الحجج يأتى فى كتاب الحبس ان شاء الله تعالى فان أقامت المرأة البينة على يساره قبلت بينتها وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينتها لانها مثبتة وبينة الزوج لا تثبت شيئا ولو فرض القاضى لها نفقة شهر وهو معسر ثم أيسر قبل تمام الشهر يزيدها فى الفرض لان النفقة تختلف باختلاف اليسار والاعسار وكذلك لو فرض لها فريضة للوقت والسعر رخيص ثم غلا فلم يكفها ما فرض لها فانه يزيدها فى الفرض لان الواجب كفاية الوقت وذلك يختلف باختلاف السعر ولو فرض لها نفقة شهر فدفعها الزوج اليها ثم ضاعت قبل تمام الشهر فليس عليه نفقة أخرى حتى يمضى الشهر وكذا اذا كساها الزوج فضاعت الكسوة قبل تمام المدة فلا كسوة لها عليه حتى تمضى المدة التى أخذت لها الكسوة بخلاف نفقة الاقارب فان هناك يجبر على نفقة أخرى وكسوة أخرى لتمام المدة التى أخذ لها الكسوة اذا حلف انها ضاعت ووجه الفرق ان تلك النفقة تجب للحاجة ألا ترى انها لا تجب الا للمحتاج وقد تحققت الحاجة الى نفقة أخرى وكسوة أخرى ووجوب هذه النفقة ليس معلولا بالحاجة بدليل انها تجب للموسرة الا ان لها شبها بالاعواض وقد جعلت عوضا عن الاحتباس فى جميع الشهر فلا يلزمه عوض آخر فى هذه المدة ولو فرض القاضى لها نفقة أو كسوة فمضى الوقت الذى أخذت له وقد بقيت تلك النفقة أو الكسوة بان أكلت من مال آخر أو لبست ثوبا آخر فلها عليه نفقة أخرى وكسوة أخرى بخلاف نفقة الاقارب والفرق ما ذكرنا ان نفقة الاقارب تجب بعلة الحاجة صلة محضة ولا حاجة عند بقاء النفقة والكسوة ونفقة الزوجات لا تجب لمكان الحاجة وانما تجب جزاء على الاحتباس لكن لها شبهة العوضية عن الاحتباس وقد جعلت عوضا فى هذه المدة وهى محتبسة بعد مضى هذه المدة بحبس آخر فلا بد لها من عوض آخر ولو قدمت نفقتها قبل مضى المدة التى لها أخذت أو تخرق الثوب فلا نفقة لها على الزوج ولا كسوة حتى تمضى المدة بخلاف نفقة الاقارب وكسوتهم والفرق نحو ما ذكرنا والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان كيفية وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلماء فى كيفية وجوبها قال أصحابنا انها تجب على وجه لا يصير دينا فى ذمة الزوج الا بقضاء القاضى أو بتراضى الزوجين فان لم يوجد أحد هذين تسقط بمضى الزمان وقال الشافعى انها تصير دينا فى الذمة من غير قضاء القاضى ولا رضاه ولا تسقط بمضى الزمان فيقع الكلام فى هذا الفصل فى مواضع فى بيان ان الفرض من القاضى أو التراضى هل هو شرط صيرورة هذه النفقة دينا فى ذمة الزوج أم لا وفى بيان شرط جواز فرضها من القاضى على الزوج اذا كان شرطا وفى بيان حكم صيرورتها دينا فى ذمة الزوج أما الاول فهو على الاختلاف الذى ذكرنا احتج الشافعى بقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى كلمة ايجاب فقد أخبر سبحانه وتعالى عن وجوب النفقة والكسوة مطلقا عن الزمان وقوله عز وجل لينفق ذو سعة

من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله أمر تعالى بالانفاق مطلقا عن الوقت ولان النفقة قد وجبت والاصل ان ما وجب على انسان لا يسقط الا بالايصال أو بالابراء كسائر الواجبات ولانها وجبت عوضا لوجوبها بمقابلة المتعة فبقيت فى الذمة من غير قضاء كالمهر والدليل عليه ان الزوج يجبر على تسليم النفقة ويحبس عليها والصلة لا تحتمل الحبس والجبر ولنا ان هذه النفقة تجرى مجرى الصلة وان كانت تشبه الاعواض لكنها ليست بعوض حقيقة لانها لو كانت عوضا حقيقة فاما ان كانت عوضا عن نفس المتعة وهى الاستمتاع واما ان كانت عوضا عن ملك المتعة وهى الاختصاص بها لا سبيل الى الاول لان الزوج ملك متعتها بالعقد فكان هو بالاستمتاع متصرفا فى ملك نفسه باستيفاء منافع مملوكة له ومن تصرف فى ملك نفسه لا يلزمه عوض لغيره ولا وجه للثانى لان ملك المتعة قد قوبل بعوض مرة فلا يقابل بعوض آخر فخلت النفقة عن معوض فلا يكون عوضا حقيقة بل كانت صلة ولذلك سماها الله تعالى رزقا بقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والرزق اسم للصلة كرزق القاضى والصلات لا تملك بانفسها بل بقرينة تنضم اليها وهى القبض كما فى الهبة أو قضاء القاضى لان القاضى له ولاية الالزام فى الجملة أو التراضى لان ولاية الانسان على نفسه أقوى من ولاية القاضى عليه بخلاف المهر لانه أوجب بمقابلة ملك المتعة فكان عوضا مطلقا فلا يسقط بمضى الزمان كسائر الديون المطلقة ولا حجة له فى الآيتين لان فيهما وجوب النفقة لا بقاؤها واجبة لانهما لا يتعرضان للوقت فلو ثبت البقاء انما يثبت باستصحاب الحال وانه لا يصلح لالزام الخصم وأما قوله ان الاصل فيما وجب على انسان لا يسقط الا بالايصال أو الابراء فنقول هذا حكم الواجب مطلقا لا حكم الواجب على طريق الصلة بل حكمه انه يسقط بمضى الزمان كنفقة الاقارب وأجرة المسكن وقد خرج الجواب عن قوله انها وجبت عوضا وأما الجبر والحبس فالصلة تحتمل ذلك فى الجملة فانه يجبر على نفقة الاقارب ويحبس بها وان كانت صلة وكذا من أوصى بان يوهب عبده من فلان بعد موته فمات الموصى فامتنع الوارث من تنفيذ الهبة فى العبد يجبر عليه ويحبس بانه وان كانت الهبة صلة فدل ان الجبر والحبس لا ينفيان معنى الصلة وعلى هذا يخرج ما اذا استدانت على الزوج قبل الفرض أو التراضى فانفقت انها لا ترجع بذلك على الزوج بل تكون متطوعة فى الانفاق سواء كان الزوج غائبا أو حاضرا لانها لم تصر دينا فى ذمة الزوج لعدم شرط صيرورتها دينا فى ذمته فكانت الاستدانة الزام الدين الزوج بغير أمره وأمر من له ولاية الامر فلم يصح وكذا اذا أنفقت من مال نفسها لما قلنا وكذا لو أبرأت زوجها من النفقة قبل فرض القاضى والتراضى لا يصح الابراء لانه ابراء عما ليس بواجب والابراء اسقاط واسقاط ما ليس بواجب ممتنع وكذا لو صالحت زوجها على نفقة وذلك لا يكفيها ثم طلبت من القاضى ما يكفيها فان القاضى يفرض لها ما يكفيها لانها حطت ما ليس بواجب والحط قبل الوجوب باطل كالابراء والله أعلم وأما الثانى فلوجوب الفرض على القاضى وجوازه منه شرطان أحدهما طلب المرأة الفرض منه لانه انما يفرض النفقة على الزوج حقا لها فلا بد من الطلب من صاحب الحق والثانى حضرة الزوج حتى لو كان الزوج غائبا فطلبت المرأة من القاضى أن يفرض لها عليه نفقة لم يفرض وان كان القاضى عالما بالزوجية وهذا قول أبى حنيفة الآخر وهو قول شريح وقد كان أبو حنيفة أولا يقول وهو قول ابراهيم النخعى ان هذا ليس بشرط ويفرض القاضى النفقة على الغائب وحجة هذا القول ما رويناعن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لهند امرأة أبى سفيان خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف وذلك من النبى صلى الله عليه وسلم كان فرضا للنفقة على أبى سفيان وكان غائبا وحجة القول الاخير ان الفرض من القاضى على الغائب قضاء عليه وقد صح من أصلنا ان القضاء على الغائب لا يجوز الا ان يكون عنه خصم حاضر ولم يوجد وأما الحديث فلا حجة له فيه لان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما قال لهند على سبيل الفتوى لا على طريق القضاء بدليل انه لم يقدر لها ما تأخذه من مال أبى سفيان وفرض النفقة من القاضى تقديرها فاذا لم تقدر لم تكن فرضا فلم تكن قضاء تحقيقه ان من يجوز القضاء على الغائب فانما يجوزه اذا كان غائبا

غيبة سفر فاما اذا كان فى المصر فانه لا يجوز بالاجماع لانه لا يعد غائبا وأبو سفيان لم يكن مسافرا فدل ان ذلك كان
اعانة لا قضاء فان لم يكن القاضى عالما بالزوجية فسألت القاضى أن يسمع بينتها بالزوجية ويفرض على الغائب قال
أبو يوسف لا يسمعها ولا يفرض وقال زفر يسمع ويفرض لها وتستدين عليه فاذا حضر الزوج وأنكر يأمرها
باعادة البينة فى وجهه فان فعلت نفذ الفرض وصحت الاستدانة وان لم تفعل لم ينفذ ولم يصح وجه قول زفر ان القاضى
انما يسمع هذه البينة لا لاثبات النكاح على الغائب ليقال ان الغيبة تمنع من ذلك بل ليتوصل بها الى الفرض ويجوز
سماع البينة فى حق حكم دون حكم كشهادة رجل وامرأتين على السرقة وانها تقبل فى حق المال ولا تقبل فى حق
القطع كذا ههنا تقبل هذه البينة فى حق صحة الفرض لا فى اثبات النكاح فاذا حضر وأنكر استعادمنها البينة فان
أعادت نفذ الفرض وصحت الاستدانة عليه والا فلا والصحيح قول أبى يوسف لان البينة على أصل أصحابنا لا تسمع
الا على خصم حاضر ولا خصم فلا تسمع وماذكره زفر ان بينتها تقبل فى حق صحة الفرض غير سديد لان صحة الفرض
مبنية على ثبوت الزوجية فاذا لم يكن الى اثبات الزوجية بالبينة سبيل لعدم الخصم لم يصح فلا سبيل الى القبول فى حق
صحة الفرض ضرورة هذا اذا كان الزوج غائبا ولم يكن له مال حاضر فاما اذا كان له مال حاضر فان كان المال فى
يدها وهو من جنس النفقة فلها ان تنفق على نفسها منه بغير أمر القاضى لحديث أبى سفيان فلو طلبت المرأة من القاضى
فرض النفقة فى ذلك المال وعلم القاضى بالزوجية وبالمال فرض لها النفقة لان لها أن تأخذه فتنفق على نفسها
من غير فرض القاضى فلم يكن الفرض من القاضى فى هذه الصورة قضاء بل كان اعانة لها على استيفاء حقها وان كان
فى يد مودعه أو مضاربه أو كان له دين على غيره فان كان صاحب اليد مقرا بالوديعة والزوجية أو كان من عليه الدين
مقرا بالدين والزوجية أو كان القاضى عالما بذلك فرض لها فى ذلك المال نفقتها فى قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر
لا يفرض وجه قوله ان هذا قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر اذ المودع ليس بخصم عن الزوج
وكذا المديون فلا يجوز ولنا ان صاحب اليد وهو المودع اذا أقر بالوديعة والزوجية أو أقر المديون بالدين والزوجية
فقد أقر ان لها حق الاخذ والاستيفاء لان للزوجة أن تمد يدها الى مال زوجها فتأخذ كفايتها منه لحديث امرأة
أبى سفيان فلم يكن القاضى فرض لها النفقة فى ذلك المال قضاء بل كان اعانة لها على أخذ حقها وله على احياء زوجته
فكان له ذلك وان جحد أحد الامرين ولا علم للقاضى به لم يسمع البينة ولم يفرض لان سماع البينة والفرض يكون
قضاء على الغائب من غير خصم حاضر لانه ان أنكر الزوجية لا يمكنها اقامة البينة على الزوجية لان المودع ليس
بخصم عنه فى الزوجية وان انكر الوديعة أو الدين لا يمكنها اقامة البينة على الوديعة والدين لانها ليست بخصم عن زوجها
فى اثبات حقوقه فكان سماع البينة على ذلك قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وذلك غير جائز عندنا
هذا اذا كانت الوديعة والدين من جنس النفقة بان كانت دراهم أو دنانير أو طعاما أو ثيابا من جنس كسوتها فاما اذا
كان من جنس آخر فليس لها أن تتناول شيأ من ذلك وان طلبت من القاضى فرض النفقة فيه فان كان عقارا لا
يفرض القاضى النفقة فيه بالاجماع لانه لا يمكن ايجاب النفقة فيه الا بالبيع ولا يباع العقار على الغائب فى النفقة بالاتفاق
وان كان منقولا من العروض فقد ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى الخلاف فيه فقال القاضى لا يبيع
العروض عليه فى قول أبى حنيفة وعندهما له ان يبيعها عليه وهى مسئلة الحجر على الحر العاقل البالغ وذكر القدورى
المسئلة على الاتفاق فقال القاضى انما يبيع على أصلهما على الحاضر الممتنع عن قضاء الدين لكونه ظالما فى الامتناع
دفعا الظلمه والغائب لا يعلم امتناعه فلا يعلم ظلمه فلا يباع عليه واذا فرض القاضى لها النفقة فى شىء من ذلك وأخذ
منها كفيلا فهو حسن لاحتمال أن يحضر الزوج فيقيم البينة على طلاقها أو على ايفاء حقها فى النفقة عاجلا فينبغى أن
يستوثق فيما يعطيها بالكفالة ثم اذا رجع الزوج ينظر ان كان لم يعجل لها النفقة فقد مضى الامر وان كان قد عجل
وأقام البينة على ذلك أو لم يقم له بينة واستحلفها فنكلت فهو بالخيار ان شاء أخذ من المرأة وان شاء أخذ من الكفيل

ولو أقرت المرأة أنها كانت قد تعجلت النفقة من الزوج فان الزوج يأخذ منها ولا يأخذ من الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة فيظهر فى حقها لا فى حق الكفيل ولو طلبت الزوجة من الحاكم أن يدفع مهرها ونفقتها من الوديعة والدين لم يفعل ذلك وان كان عالما بهما لان القضاء بالنفقة فى الوديعة والدين كان نظراً للغائب لما فى الانفاق من احياء زوجته بدفع الهلاك عنها والظاهر انه يرضى بذلك وهذا المعنى لا يوجد فى المهر والدين ولو كان الحاكم فرض لها على الزوج النفقة قبل غيبته فطلبت من الحاكم أن يقضى لها بنفقة ماضية فى الوديعة والدين قضى لها بذلك لانه لما جاز القضاء بالنفقة فى الوديعة والدين يستوى فيه الماضى والمستقبل لان طريق الجواز لا يختلف وكذلك اذا كان للغائب مال حاضر وهو من جنس النفقة وله أولاد صغار فقراء وكبار ذكور زمنى فقراء أو اناث فقيرات والوالدان فقيران فان كان المال فى أيديهم فلهم أن ينفقوا منه على أنفسهم وان طلبوا من القاضى فرض النفقة منه فرض لان الفرض منه يكون اعانة لا قضاء وان كان المال فى يد مودعه أو كان دينا على انسان فرض القاضى نفقتهم منه وكذلك اذا أقر المودع والمديون بالوديعة والدين والنسب أو علم القاضى بذلك لان نفقة الوالدين والمولودين تجب بطريق الاحياء لان الانسان يرضى باحياء كله وجزئه من ماله ولهذا كان لاحدهما أن يمد يده الى مال الآخر عند الحاجة ويأخذه من غير قضاء ولا رضا وقد تحققت الحاجة ههنا فكان للقاضى أن يفرض ذلك من طريق الاعانة لصاحب الحق وان جحدهما أو أحدهما ولا علم للقاضى به لم يفرض لما ذكرنا فى الزوجة ولا يفرض لغيرهما ولا من ذوى الرحم المحرم نفقتهم فى مال الغائب لان نفقتهم من طريق الصلة المحضة اذ ليس لهم حق فى مال الغائب أصلا ألا ترى انه ليس لاحد أن يمد يده الى مال صاحبه فيأخذه وان مست حاجته من غير قضاء القاضى فكان الفرض قضاء على الغائب من غير خصم حاضر فلا يجوز وان لم يكن المال من جنس النفقة فليس لهم أن يبيعوا بأنفسهم وليس للقاضى ان يبيع على الغائب فى النفقة على هؤلاء العقار بالاجماع والحكم فى العروض ما بينا من الاتفاق أو الاختلاف وفى بيع الاب العروض خلاف نذكره فى نفقة المحارم وأما يسار الزوج فليس بشرط لوجوب الفرض حتى لو كان معسرا وطلبت المرأة الفرض من القاضى فرض عليه اذا كان حاضرا وتستدين عليه فتنفق على نفسها لان الاعسار لا يمنع وجوب هذه النفقة فلا يمنع الفرض واذا طلبت المرأة من القاضى فرض النفقة على زوجها الحاضر فان كان قبل النقلة وهى بحيث لا تمتنع من التسليم لو طالبها بالتسليم أو كان امتناعها بحق فرض القاضى لها اعانة لها على الوصول الى حقها الواجب لوجود سبب الوجوب وشرطه وان كان بعد ما حولها الى منزله فزعمت انه ليس ينفق عليها أو شكت التضييق فى النفقة فلا ينبغى له انه يعجل بالفرض ولكنه يأمره بالنفقة والتوسيع فيها لان ذلك من باب الامساك بالمعروف وانه مأمور به ويتأنى فى الفرض ويتولى الزوج الانفاق بنفسه قبل الفرض الى ان يظهر ظلمه بالترك والتضييق فى النفقة فحينئذ يفرض عليه نفقة كل شهر ويامره أن يدفع النفقة اليها لتنفق هى بنفسها على نفسها ولو قالت أيها القاضى انه يريد أن يغيب فخذ لى منه كفيلا بالنفقة لا يجبره القاضى على اعطاء الكفيل لان نفقة المستقبل غير واجبة للحال فلا يجبر على الكفيل بما ليس بواجب بحققه انه لا يجبر على التكفيل بدين واجب فكيف بغير الواجب والى هذا أشار أبو حنيفة فقال لا أوجب عليه كفيلا بنفقة لم تجب لها بعد وقال أبو يوسف أستحسن ان آخذ لها منه كفيلا بنفقة أشهر لانا نعلم بالعادة ان هذا القدر يجب فى السفر لان السفر يمتد الى شهر غالبا والجواب ان نفقة الشهر لا تجب قبل الشهر فكان تكفيلا بما ليس بواجب فلا يجبر عليه ولكن لو أعطاها كفيلا جاز لان الكفالة بما يذوب على فلان جائزة وأما الثالث وهو بيان حكم صيرورة هذه النفقة دينا فى ذمة الزوج فنقول اذا فرض القاضى لها نفقة كل شهر أو تراضيا على ذلك ثم منعها الزوج قبل ذلك أشهرا غائبا كان أو حاضرا فلها ان تطالبه بنفقة ما مضى لانها لما صارت دينا بالفرض أو التراضى صارت فى استحقاق المطالبة بها كسائر الديون بخلاف نفقة الاقارب اذا مضت المدة ولم تؤخذ انها تسقط لانها لا تصير دينا رأسا لان وجوبها

للكفاية وقد حصلت الكفاية فيما مضى فلا يبقى الواجب كما لو استغنى بماله فاما وجوب هذه النفقة فليس للكفاية وان كانت مقدرة بالكفاية ألا ترى انها تجب مع الاستغناء بان كانت موسرة وليس في مضي الزمان الا الاستغناء فلا يمنع بقاء الواجب ولو أنفقت من مالها بعد الفرض أو التراضي لها انه ترجع على الزوج لان النفقة صارت دينا عليه وكذلك اذا استدانت على الزوج لما قلنا سواء كانت استدانتها باذن القاضي أو بغير اذنه غير انها ان كانت بغير اذن القاضي كانت المطالبة عليها خاصة ولم يكن للغريم ان يطالب الزوج بما استدانت وان كانت باذن القاضي لها ان تحيل الغريم على الزوج فيطالبه بالدين وهو فائدة اذن القاضي بالاستدانة ولو فرض الحاكم النفقة على الزوج فامتنع من دفعها وهو موسر وطلبت المرأة حبسه فلها ان تحبسه لان النفقة لما صارت دينا عليه بالقضاء صارت كسائر الديون الا انه لا ينبغي ان يحبسه في أول مرة تقدم اليه بل يؤخر الحبس الى مجلسين أو ثلاثة يعظه في كل مجلس يقدم اليه فان لم يدفع حبسه حينئذ كما في سائر الديون لما نذكر في كتاب الحبس ان شاء الله تعالى واذا حبس لأجل النفقة فما كان من جنس النفقة سلمه القاضي اليها بغير رضاه بالاجماع وما كان من خلاف الجنس لا يبيع عليه شيأ من ذلك ولكن يأمره أن يبيع بنفسه وكذا في سائر الديون في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يبيع عليه وهي مسئلة الحجر على الحر العاقل البالغ نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى فان ادعى الزوج انه قد أعطاها النفقة وأنكرت فالقول قولها مع يمينها لان الزوج يدعي قضاء دين عليه وهي منكرة فيكون القول قولها مع يمينها كما في سائر الديون ولو أعطاها الزوج مالا فاختلفا فقال الزوج هو من المهر وقالت هي هو من النفقة فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لان التمليك منه فكان هو أعرف بجهة التمليك كما لو بعث اليها شيأ فقالت هو هدية وقال هو من المهر ان القول فيه قوله الا في الطعام الذي يؤكل لما قلنا كذا هذا ولو كان للزوج عليها دين فاحتسبت عن نفقتها جاز لكن برضا الزوج لان التقاص انما يقع بين الدينين المتماثلين ألا ترى انه لا يقع بين الجيد والرديء ودين الزوج أقوى بدليل انه لا يسقط بالموت ودين النفقة يسقط بالموت فاشبه الجيد بالرديء فلا بد من المقاصة بخلاف غيرهما من الديون والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها دينا في ذمة الزوج فالمسقط لها بعد الوجوب قبل صيرورتها دينا في الذمة واحد وهو مضي الزمان من غير فرض القاضي والتراضي وأما المسقط لها بعد صيرورتها دينا في الذمة فأمور منها الابراء عن النفقة الماضية لانها لما صارت دينا في ذمته كان الابراء اسقاطا لدين واجب فيصح كما في سائر الديون ولو أبرأته عما يستقبل من النفقة المفروضة لم يصح الابراء لانها تجب شيأ فشيأ على حسب حدوث الزمان فكان الابراء منها اسقاط الواجب قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب أيضا وهو حق الحبس لانه لا يتجدد بتجدد الزمان فلم يصح وكذا يصح هبة النفقة الماضية لان هبة الدين يكون ابراء عنه فيكون اسقاط دين واجب فيصح ولا تصح هبة ما يستقبل لما قلنا ومنها موت أحد الزوجين حتى لو مات الرجل قبل اعطاء النفقة لم يكن للمرأة أن تأخذها من ماله ولو ماتت المرأة لم يكن لورثتها أن يأخذوا لما ذكرنا انها تجري مجرى الصلة والصلة تبطل بالموت قبل القبض كالهبة فان كان الزوج أسلفها نفقتها وكسوتها ثم مات قبل مضي ذلك الوقت لم ترجع ورثته عليها بشيء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف سواء كان قائما أو مستهلكا وكذلك لو ماتت هي لم يرجع الزوج في تركتها عندهما وقال محمد لها حصة ما مضى من النفقة والكسوة ويجب رد الباقي ان كان قائما وان كان هالكا فلا شيء بالاجماع وروى ابن رستم عن محمد انها ان كانت قبضت نفقة شهر فما دونه لم يرجع عليها بشيء وان كان المفروض أكثر من ذلك يرفع عنها نفقة شهر وردت ما بقي ووجه هذه الرواية ان الشهر فما دونه في حكم القليل فصار كنفقة الحال وما زاد عليه في حكم الكثير فيثبت به الرجوع كالدين وجه ظاهر قول محمد ان هذه النفقة تشبه الاعواض فتسلم لها بقدر ما سلم للزوج من المعوض كالاجارة اذا عجل المستأجر الاجرة ثم مات أحدهما

قبل تمام المدة وجه قوله ان هذه صلة اتصل بها القبض فلا يثبت فيها الرجوع بعد الموت كسائر الصلات المقبوضة وأما قوله انها تشبه الاعواض فنعم لكن بوصفها لا بأصلها بل هي صلة باصلها ألا ترى انها تسقط بالموت قبل القبض بلا خلاف بين أصحابنا الاعتبار معنى الصلة فيراعى فيها المعنيان جميعا فراعينا معنى الاصل بعد القبض فقلنا انها لا تبطل بالموت بعد القبض فلا يثبت فيها الرجوع اعتبار اللاصل و راعينا معنى الوصف قبل القبض فقلنا انها تبطل بالموت قبل القبض كالصلات و راعينا معنى الوصف بعد القبض فقلنا لا يثبت فيها الرجوع كالاعواض اعتبار اللاصل والوصف جميعا على ما هو الاصل في العمل بالشبهين عند الامكان والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما نفقة الاقارب فالكلام فيها أيضا يقع في المواضع التي ذكرناها في نفقة الزوجات وهي بيان وجوب هذه النفقة وسبب وجوبها وشرط الوجوب ومقدار الواجب وكيفية الوجوب وما يسقطها بعد الوجوب أما الاول وهو بيان الوجوب فلا يمكن الوصول اليه الا بعد معرفة أنواع القرابات فنقول وبالله التوفيق القرابة في الاصل نوعان قرابة الولادة وقرابة غير الولادة وقرابة غير الولاد نوعان أيضا قرابة محرمة للنكاح كالاخوة والعمومة والخؤولة وقرابة غير محرمة للنكاح كقرابة بني الاعمام والاخوال والخالات ولا خلاف في وجوب النفقة في قرابة الولاد وأما نفقة الوالدين فلقوله عز وجل وقضى ربك أن لا تعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا أي أمر ربك وقضى أن لا تعبدوا الا اياه أمر سبحانه وتعالى ووصى بالوالدين احسانا والانفاق عليهما حال فقرهما من أحسن الاحسان وقوله عز وجل ووصينا الانسان بوالديه حسنا وقوله تعالى أن اشكر لي ولوالديك والشكر للوالدين هو المكافأة لهما أمر سبحانه وتعالى الولد أن يكافئ لهما ويجازي بعض ما كان منهما اليه من التربية والبر والعطف عليه والوقاية من كل شر ومكروه وذلك عند عجزهما عن القيام بامر أنفسهما والحوائج لهما وادرار النفقة عليهما حال عجزهما وحاجتهما من باب شكر النعمة فكان واجبا وقوله عز وجل وصاحبهما في الدنيا معروفا وهذا في الوالدين الكافرين فالمسلمان أولى والانفاق عليهما عند الحاجة من أعرف المعروف وقوله عز وجل ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما وانه كناية عن كلام فيه ضرب ايذاء ومعلوم أن معنى التأذي بترك الانفاق عليهما عند عجزهما وقدرة الولد أكثر فكان النهي عن التأفيف نهيا عن ترك الانفاق دلالة كما كان نهيا عن الشتم والضرب دلالة وروي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه ابوه فقال يا رسول الله ان لي مالا وان لي أبا وله مال وان أبي يريد أن يأخذ مالي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك أضاف مال الابن الى الاب بلام التمليك وظاهره يقتضي أن يكون للاب في مال ابنه حقيقة الملك فان لم تثبت الحقيقة فلا أقل من أن يثبت له حق التمليك عند الحاجة وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فكلوا من كسب أولادكم اذا احتجتم اليه بالمعروف والحديث حجة باوله وآخره أما بآخره فظاهر لانه صلى الله عليه وسلم أطلق للاب الاكل من كسب ولده اذا احتاج اليه مطلقا عن شرط الاذن والعوض فوجب القول به وأما باوله فلان معنى قوله وان ولده من كسبه أي كسب ولده من كسبه لانه جعل كسب الرجل أطيب المأكول والمأكول كسبه لا نفسه واذا كان كسب ولده كسبه كانت نفقته فيه لان نفقة الانسان في كسبه ولان ولده لما كان من كسبه كان كسب ولده ككسبه وكسب كسب الانسان كسبه ككسب عبده المأذون فكانت نفقته فيه وأما نفقة الولد فلقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن الى قوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن أي رزق الوالدات المرضعات فان كان المراد من الوالدات المرضعات المطلقات المنقضيات العدة ففيها ايجاب نفقة الرضاع على المولود له وهو الاب لاجل الولد كما في قوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وان كان المراد منهن المنكوحات أو المطلقات المعتدات فانما ذكر النفقة والكسوة في حال الرضاع وان كانت المرأة تستوجب ذلك من غير ولد لانها تحتاج الى فضل اطعام وفضل كسوة لمكان الرضاع ألا ترى أن لها أن تفطر لاجل الرضاع اذا كانت صائمة لزيادة حاجتها الى الطعام بسبب

الولد

الولد ولان الانفاق عند الحاجة من باب احياء المنفق عليه والولد جزء الوالد واحياء نفسه واجب كذا احياء جزئه واعتبار هذا المعنى يوجب النفقة من الجانبين ولان هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع بالاجماع والانفاق من باب الصلة فكان واجبا وتركه مع القدرة للمنفق وتحقق حاجة المنفق عليه يؤدى الى القطع فكان حراما واختلف فى وجوبها فى القرابة المحرمة للنكاح سوى قرابة الولادة قال أصحابنا تجب وقال مالك والشافعى لا تجب غير أن مالكا يقول لا نفقة الا على الاب للابن والابن للاب حتى قال لا نفقة على الجد لابن الابن ولا على ابن الابن للجد وقال الشافعى تجب على الوالدين والمولودين والكلام فى هذه المسئلة بناء على أن هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع عندنا خلافا لهما وعلى هذا ينبنى العتق عند الملك ووجوب القطع بالسرقة وهى من مسائل العتاق نذكرها هناك ان شاء الله تعالى ثم الكلام فى المسئلة على سبيل الابتداء احتج الشافعى فقال ان الله تعالى أوجب النفقة على الاب لا غير بقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فمن كان مثل حاله فى القرب يلحق به والا فلا ولا يقال ان الله تعالى قال وعلى الوارث مثل ذلك لان ابن عباس رضى الله عنه صرف قوله ذلك ترك المضارة لا الى النفقة والكسوة فكان معناه لا يضار الوارث باليتيم كما لا تضار الوالدة والمولود له بولدهما ولنا قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وروى عن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت رضى الله عنهما وجماعة من التابعين أنه معطوف على النفقة والكسوة لا غير لا على ترك المضارة ومعناه وعلى الوارث مثل ما على المولود له من النفقة والكسوة ومصداق هذا التأويل أنه لو جعل عطفا على هذا لكان عطف الاسم على الاسم وانه شائع ولو عطف على ترك المضارة لكان عطف الاسم على الفعل فكان الاول أولى ولانه لو جعل عطفا على قوله لا تضار لكان من حق الكلام أن يقول والوارث مثل ذلك وجماعة من أهل التأويل عطفوا على الكل من النفقة والكسوة وترك المضارة لان الكلام كله معطوف بعضه على بعض بحرف الواو وانه حرف جمع فيصير الكل مذكورا فى حالة واحدة فينصرف قوله ذلك الى الكل أى على الوارث مثل ذلك من النفقة والكسوة وانه لا يضارها ولا تضاره فى النفقة وغيرها وبه تبين رجحان هذين التأويلين على تأويل ابن عباس رضى الله عنهما على أن ما قاله ابن عباس ومن تابعه لا ينفى وجوب النفقة على الوارث بل يوجب لان قوله تعالى لا تضار والدة بولدها نهى سبحانه وتعالى عن المضارة مطلقا فى النفقة وغيرها فاذا كان معنى اضرار الوالد الوالدة بولدها بترك الانفاق عليها أو بانتزاع الولد منها وقد أمر الوارث بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك أنه لا يضارها فانما يرجع ذلك الى مثل ما لزم الاب وذلك يقتضى أن يجب على الوارث أن يسترضع الوالدة باجرة مثلها ولا يخرج الولد من يدها الى يد غيرها اضرارا بها واذا ثبت هذا فظاهر الآية يقتضى وجوب النفقة والكسوة على كل وارث أو على مطلق الوارث الا من خص أو قيد بدليل وأما القرابة التى ليست بمحرمة للنكاح فلا نفقة فيها عند عامة العلماء خلافا لابن أبى ليلى واحتج بظاهر قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك من غير فصل بين وارث ووارث وانا نقول المراد من الوارث الاقارب الذى له رحم محرم لا مطلق الوارث عرفنا ذلك بقراءة عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك ولان وجوبها فى القرآن العظيم معلولا بكونها صلة الرحم صيانة لها عن القطيعة فيختص وجوبها بقرابة يجب وصلها ويحرم قطعها ولم توجد فلا تجب ولهذا لا يثبت العتق عند الملك ولا يحرم النكاح ولا يمنع وجوب القطع بالسرقة والله الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما سبب وجوب هذه النفقة اما نفقة الولادة فسبب وجوبها هو الولادة لان به تثبت الجزئية والبعضية والانفاق على المحتاج احياء له ويجب على الانسان احياء كله وجزئه وان شئت قلت سبب نفقة الاقارب فى الولاد وغيرها من الرحم المحرم هو القرابة المحرمة للقطع لانه اذا حرم قطعها يحرم كل سبب مفض الى القطع وترك الانفاق من ذى الرحم المحرم مع قدرته وحاجة المنفق عليه تفضى الى قطع الرحم فيحرم الترك واذا حرم الترك وجب الفعل ضرورة واذا عرف هذا فنقول الحال فى القرابة الموجبة للنفقة لا يخلو اما ان كانت حال الانفراد واما ان كانت حال

الاجماع فان كانت حال الانفراد بان لم يكن هناك ممن تجب عليه النفقة الا واحد تجب كل النفقة عليه عند استجماع شرائط الوجوب لوجود سبب وجوب كل النفقة عليه وهو الولاد والرحم المحرم وشرطه من غير مزاحم وان كانت حال الاجتماع فالاصل أنه متى اجتمع الاقرب والابعد فالنفقة على الاقرب فى قرابة الولاد وغيرها من الرحم المحرم فان استويا فى القرب ففى قرابة الولاد يطلب الترجيح من وجه آخر وتكون النفقة على من وجد فى حقه نوع رجحان فلا تنقسم النفقة عليهما على قدر الميرث وان كان كل واحد منهما وارثا وان لم يوجد الترجيح فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما وأما فى غيرها من الرحم المحرم فان كان الوارث أحدهما والآخر محجوبا فالنفقة على الوارث ويرجح بكونه وارثا وان كان كل واحد منهما وارثا فالنفقة عليهما على قدر الميراث وانما كان كذلك لان النفقة فى قرابة الولاد تجب بحق الولادة لا بحق الوراثة قال الله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف علق سبحانه وتعالى وجوبها باسم الولادة وفى غيرها من الرحم المحرم تجب بحق الوراثة لقوله عز وجل وعلى الوارث مثل ذلك علق سبحانه وتعالى الاستحقاق بالارث فتجب بقدر الميراث ولهذا قال أصحابنا ان من أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ولو أوصى لولد فلان كان الذكر والانثى فيه سواء فدل به ماذكرنا وبيان هذا الاصل اذا كان له ابن وابن ابن فالنفقة على الابن لانه أقرب ولو كان الابن معسرا وابن الابن موسرا فالنفقة على الابن أيضا اذا لم يكن زمنا لانه هو الاقرب ولا سبيل الى ايجاب النفقة على الابعد مع قيام الاقرب الا ان القاضى يأمر ابن الابن بانه يؤدى عنه على ان يرجع عليه اذا أيسر فيصير الابعد نائبا عن الاقرب فى الاداء ولو أدى بغير أمر القاضى لم يرجع ولو كان له أب وجد فالنفقة على الاب لا على الجد لان الاب أقرب ولو كان الاب معسرا والجد موسرا فنفقته على الاب أيضا اذا لم يكن زمنا لكن يؤمر الجد بان ينفق ثم يرجع على الاب اذا أيسر ولو كان له أب وابن ابن فنفقته على الاب لانه أقرب الا انه اذا كان الاب معسرا غير زمن وابن الابن موسرا فانه يؤدى عن الاب بامر القاضى ثم يرجع عليه اذا أيسر ولو كان له أب وابن فنفقته على الابن لا على الاب وان استويا فى القرب والوراثة ويرجح الابن بالايجاب عليه لكونه كسب الاب فيكون له حقا فى كسبه وكون ماله مضافا اليه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك ولا يشارك الولد فى نفقة والده أحد لما قلنا وكذا فى نفقة والدته لعدم المشاركة فى السبب وهو الولادة والاختصاص بالسبب يوجب الاختصاص بالحكم وكذا لا يشارك الانسان أحد فى نفقة جده وجدته عند عدم الاب والام لان الجد يقوم مقام الاب عند عدمه والجدة تقوم مقام الام عند عدمها ولو كان له ابنان فنفقته عليهما على السواء وكذا اذا كان له ابن وبنت ولا يفضل الذكر على الانثى فى النفقة لاستوائهما فى سبب الوجوب وهو الولاد ولو كان له بنت وأخت فالنفقة على البنت لان الولاد لها وهذا يدل على ان النفقة لا تعتبر بالميراث لان الاخت ترث مع البنت ولا نفقة عليها مع البنت ولا تجب على بالابن نفقة منكوحة أبيه لانها أجنبية عنه الا ان يكون الاب محتاجا الى من يخدمه فحينئذ يجب عليه نفقة امرأته لانه يؤمر بخدمة الاب بنفسه أو بالاجير ولو كان للصغير أبوان فنفقته على الاب لا على الام بالاجماع وان استويا فى القرب والولاد ولا يشارك الاب فى نفقة ولده أحد لان الله تعالى خص الاب بتسميته بكونه مولودا له وأضاف الولد اليه بلام الملك وخصه بايجاب نفقة الولد الصغير عليه بقوله وعلى المولود له رزقهن أى رزق الوالدات المرضعات سمى الام والدة والاب مولودا له وقال عز وجل فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن خص سبحانه وتعالى الاب بايتاء أجر الرضاع بعد الطلاق وكذا أوجب فى الآيتين كل نفقة الرضاع على الاب لولده الصغير وليس وراء الكل شىء ولا يقال ان الله عز وجل قال وعلى المولود له رزقهن ثم قال وعلى الوارث مثل ذلك والام وارثة فيقتضى ان تشارك فى النفقة كسائر الورثة من ذوى الرحم المحرم وكمن قال أوصيت لفلان من مالى بألف درهم وأوصيت لفلان مثل ذلك ولم تخرج الوصيتان من الثلث أنهما يشتركان فيه كذا هذا لانا نقول لما جعل الله عز وجل كل النفقة على الاب بقوله وعلى المولود له رزقهن تعذر ايجابها على الام

حال

حال قيام الاب فيحمل على حال عدمه ليكون عملا بالنص من كل وجه فى الحالين ولم يوجد مثل هذا فى سائر ذوى الرحم المحرم وفى باب الوصية لا يمكن العمل بكل واحدة من الوصيتين فى حالين وقد ضاق المحل عن قبولهما فى حالة واحدة فلزم القول بالشركة ضرورة ولو كان الاب معسرا غير عاجز عن الكسب والام موسرة فالنفقة على الاب لكن تؤمر الام بالنفقة ثم ترجع بها على الاب اذا أيسر لانها تصير دينا فى ذمته اذا أنفقت بامر القاضى ولو كان للصغير أب وأم أم فالنفقة على الاب والحضانة على الجدة لان الام لما لم تشارك الاب فى نفقة ولده الصغير مع قربها فالجدة مع بعدها أولى هذا اذا كان الولد صغيرا فقيرا وله أبوان موسران فاما اذا كان كبيرا وهو ذكر فقير عاجز عن الكسب فقد ذكر فى كتاب النكاح ان نفقته أيضا على الاب خاصة وذكر الخصاف انه على الاب والام أثلاثا ثلثاها على الاب وثلثها على الام وجه ما ذكره الخصاف ان الاب انما خص بايجاب النفقة عليه لابنه الصغير لاختصاصه بالولاية وقد زالت ولايته بالبلوغ فيزول الاختصاص فتجب عليهما على قدر ميراثهما وجه رواية كتاب النكاح ان تخصيص الاب بالايجاب حال الصغر لاختصاصه بتسميته بكونه مولودا له وهذا ثابت بعد الكبر فيختص بنفقته كالصغير واعتبار الولاية والارث فى هذه النفقة غير سديد لانها تجب مع اختلاف الدين ولا ولاية ولا ارث عند اختلاف الدين ولا يشارك الجد أحد فى نفقة ولد ولده عند عدم ولده لانه يقوم مقام ولده عند عدمه ولا يشارك الزوج فى نفقة زوجته أحد لانه لا يشاركه أحد فى سبب وجوبها وهو حق الحبس الثابت بالنكاح حتى لو كان لها زوج معسر وابن موسر من غير هذا الزوج او أب موسر أو أخ موسر فنفقتها على الزوج لا على الاب والابن والاخ لكن يؤمر الاب أو الابن أو الاخ بان ينفق عليها ثم يرجع على الزوج اذا أيسر ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما لانهما فى القرابة والوراثة سواء ولا ترجيح لاحدهما على الآخر من وجه آخر فكانت النفقة عليهما على قدر الميراث السدس على الجد والباقى على ابن الابن كالميراث ولو كان له أم وجد كانت النفقة عليهما أثلاثا الثلث على الام والثلثان على الجد على قدر ميراثهما وكذلك اذا كان له أم وأخ لاب وأم أو لاب أو ابن أخ لاب وأم أو لاب أو عم لاب وأم أو لاب كانت النفقة عليهما أثلاثا ثلثها على الام والثلثان على الاخ وابن الاخ والعم وكذلك اذا كان له أخ لاب وأم وأخت لاب وأم كانت النفقة عليهما أثلاثا على قدر ميراثهما ولو كان له أخ لاب وأم وأخ لام فالنفقة عليهما أسداسا سدسها على الاخ لام وخمسة أسداسها على الاخ لاب وأم ولو كان له جد وجدة كانت النفقة عليهما أسداسا على قدر الميراث ولو كان له عم وعمة فالنفقة على العم لانهما استويا فى القرابة المحرمة للقطع والعم هو الوارث فيرجح بكونه وارثا وكذلك لو كان له عم وخال لما قلنا ولو كان له عمة وخالة أو خال فالنفقة عليهما أثلاثا ثلثاها على العمة والثلث على الخال أو الخالة ولو كان له خال وابن عم فالنفقة على الخال لا على ابن العم لانهما ما استويا فى سبب الوجوب وهو الرحم المحرم للقطع اذ الخال هو ذو الرحم المحرم واستحقاق الميراث للترجيح والترجيح يكون بعد الاستواء فى ركن العلة ولم يوجد ولو كان له عمة وخالة وابن عم فعلى الخالة الثلث وعلى العمة الثلثان لاستوائهما فى سبب استحقاق الارث فيكون النفقة بينهما على قدر الميراث ولا شىء على ابن العم لانعدام سبب الاستحقاق فى حقه وهو القرابة المحرمة القطع ولو كان له ثلاث اخوات متفرقات وابن عم فالنفقة على الاخوات على خمسة أسهم ثلاثة أسهم على الاخت لاب وأم وسهم على الاخت لام وسهم على الاخت لاب على قدر الميراث ولا يعتد بابن العم فى النفقة لانعدام سبب الاستحقاق فى حقه فيلحق بالعدم كانه ليس له الا الاخوات وميراثه لهن على خمسة أسهم كذا النفقة عليهن ولو كان له ثلاثة اخوة متفرقين فالنفقة على الاخ للاب والام وعلى الاخ للام على قدر الميراث أسداسا لان الاخ لاب لا يرث معهما فيلحق بالعدم ولو كان له عم وعمة وخالة فالنفقة على العم لان العم مساو لهما فى سبب الاستحقاق وهو الرحم المحرم وفضلهما بكونه وارثا اذ الميراث له لا لهما فكانت النفقة عليه لا عليهما وان كان العم معسرا فالنفقة عليهما لانه يجعل كالميت والاصل فى هذا ان كل من كان يحوز جميع الميراث

وهومعسر يجعل كالميت واذاجعل كالميت كانت النفقة على الباقين على قدر مواريثهم وكل من كان يحوز بعض الميراث لايجعل كالميت فكانت النفقة على قدر مواريث من يرث معه بيان هذا الاصل رجل معسر عاجز عن الكسب وله ابن معسر عاجز عن الكسب أوهو صغير وله ثلاثة اخوة متفرقين فنفقة الاب على أخيه لابيه وأمه وعلى أخيه لامه أسداسا سدس النفقة على الاخ لام وخمسة أسداسها على الاخ لاب وأم ونفقة الولد على الاخ لاب وأم خاصة لان الاب يحوز جميع الميراث فيجعل كالميت فيكون نفقة الاب على الاخوين على قدر ميراثهما منه وميراثهما من الاب هذا فأما الابن فوارثه العم لاب وأم لا العم لاب ولا العم لام فكانت نفقته على عمه لاب وأم ولو كان للرجل ثلاث أخوات متفرقات كانت نفقته عليهن اخماسا ثلاثة اخماسها على الاخت لاب وأم وخمس على الاخت لاب وخمس على الاخت لام على قدر مواريثهن ونفقة الابن على عمته لاب وأم لانها هى الوارثة منه لاغير ولو كان مكان الابن بنت والمسئلة بحالها فنفقة الاب فى الاخوة المتفرقين على أخيه لابيه وأمه وفى الاخوات المتفرقات على أخته لابيه وأمه لان البنت لاتحوز جميع الميراث فلا حاجة الى أن تجعل كالميتة فكان الوارث معها الاخ للاب والام لاغير والاخت لاب وأم لاغير لان الاخ والاخت لام لايرثان مع الولد والاخ لاب لايرث مع الاخ لاب وأم والاخت لاب لاترث مع البنت والاخت لاب وأم لان الاخوات مع البنات عصبة وفى العصبات تقدم الاقرب فالاقرب فكانت النفقة عليهما وكذلك نفقة البنت على العم لاب وأم أو على العمة لاب وأم لانهما وارثاها بخلاف الفصل الاول لان هناك لايمكن الايجاب للنفقة على الاخوة والاخوات الا بجعل الابن كالميت لانه يحوز جميع الميراث فمست الحاجة الى أن يجعل ميتا حكما ولو كان الابن ميتا كان ميراث الاب للاخ لاب وأم وللاخ لام اسداسا وللاخوات اخماسا فكذا النفقة وعلى هذا الاصل مسائل

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط وجوب هذه النفقة فانواع بعضها يرجع الى المنفق عليه خاصة وبعضها يرجع الى المنفق خاصة وبعضها يرجع اليهما وبعضها يرجع الى غيرهما أما الذى يرجع الى المنفق عليه خاصة فانواع ثلاثة احدها اعساره فلا تجب لموسر على غيره نفقة فى قرابة الولاد وغيرها من الرحم المحرم لان وجوبها معلول بحاجة المنفق عليه فلا تجب لغير المحتاج ولانه اذا كان غنيا لا يكون هو بايجاب النفقة له على غيره أولى من الايجاب لغيره عليه فيقع التعارض فيمتنع الوجوب بل اذا كان مستغنيا بماله كان ايجاب النفقة فى ماله أولى من ايجابها فى مال غيره بخلاف نفقة الزوجات انها تجب للزوجة الموسرة لان وجوب تلك النفقة لا يتبع الحاجة بل لها شبه بالاعواض فيستوى فيها المعسرة والموسرة كثمن البيع والمهر واختلف فى حد المعسر الذى يستحق النفقة قيل هو الذى يحل له أخذ الصدقة ولا تجب عليه الزكاة وقيل هو المحتاج ولو كان له منزل وخادم هل يستحق النفقة على قريبه الموسر فيه اختلاف الرواية فى رواية لا يستحق حتى لو كان أختا لا يؤمر الاخ بالانفاق عليها وكذلك اذا كانت بنتا له أو أما وفى رواية يستحق وجه الرواية الاولى ان النفقة لا تجب لغير المحتاج وهؤلاء غير محتاجين لانه يمكن الاكتفاء بالادنى بان يبيع بعض المنزل أو كله ويكترى منزلا فيسكن بالكراء أو يبيع الخادم ووجه الرواية الاخرى أن بيع المنزل لا يقع الا نادرا وكذا لا يمكن لكل أحد السكنى بالكراء أو بالمنزل المشترك وهذا هو الصواب أن لا يؤمر أحد ببيع الدار بل يؤمر القريب بالانفاق عليه ألا ترى انه تحل الصدقة لهؤلاء ولا يؤمرون ببيع المنزل ثم الولد الصغير اذا كان له مال حتى كانت نفقته فى ماله لا على الاب وان كان الاب موسرا فان كان المال حاضرا فى يد الاب أنفق منه عليه وينبغى أن يشهد على ذلك اذ لو لم يشهد فمن الجائز أن ينكر الصبى اذا بلغ فيقول للاب انك أنفقت من مال نفسك لا من مالى فيصدقه القاضى لان الظاهر ان الرجل الموسر ينفق على ولده من مال نفسه وان كان لولده مال فكان الظاهر شاهدا للولد فيبطل حق الاب وان كان المال غائبا ينفق من مال نفسه بامر القاضى اياه بالانفاق ليرجع أو يشهد على انه ينفق من مال نفسه ليرجع به فى مال ولده ليمكنه الرجوع لما ذكرنا ان الظاهر ان الانسان يتبرع بالانفاق من مال نفسه على ولده فاذا أمره القاضى بالانفاق من ماله ليرجع أو أشهد

على

على انه ينفق ليرجع فقد بطل الظاهر وتبين انه انما أنفق من ماله على طريق القرض وهو يملك اقراض ماله من الصبي فيمكنه الرجوع وهذا في القضاء فأما فيما بينه و بين الله تعالى فيسعه أن يرجع من غير أمر القاضي والاشهاد بعد أن نوى بقلبه أنه ينفق ليرجع لانه اذا نوى صار ذلك دينا على الصغير وهو يملك اثبات الدين عليه لانه يملك اقراض ماله منه والله عز وجل عالم بنيته فجاز له الرجوع فيما بينه و بين الله تعالى والله أعلم والثاني عجزه عن الكسب بان كان به زمانة أوقعد او فلج أو عمى أو جنون أو كان مقطوع اليدين أو أشلهما أو مقطوع الرجلين أو مفقوء العينين أو غير ذلك من العوارض التي تمنع الانسان من الاكتساب حتى لو كان صحيحا مكتسبا لا يقضى له بالنفقة على غيره وان كان معسرا الا للاب خاصة والجد عند عدمه فانه يقضى بنفقة الاب وان كان قادرا على الكسب بعد أن كان معسرا على ولده الموسر وكذا نفقة الجد على ولد ولده اذا كان موسرا وانما كان كذلك لان المنفق عليه اذا كان قادرا على الكسب كان مستغني بكسبه فكان غناه بكسبه كغناه بماله فلا تجب نفقته على غيره الا الولد لان الشرع نهى الولد عن الحاق أدنى الاذى بالوالدين وهو التأفيف بقوله عز وجل ولا تقل لهما أف ومعنى الاذى في الزام الاب الكسب مع غنى الولد أكثر فكان أولى بالنهي ولم يوجد ذلك في الابن ولهذا لا يحبس الرجل بدين ابنه ويحبس بدين أبيه ولان الشرع أضاف مال الابن الى الاب بلام الملك فكان ماله كماله وكذا هو كسب كسبه فكان ككسبه فكانت نفقته فيه والثالث الطلب والخصومة بين يدى القاضي في أحد نوعي النفقة وهي نفقة غير الولاد فلا تجب بدونه لانها لا تجب بدون قضاء القاضي والقضاء لا بد له من الطلب والخصومة وأما الذي يرجع الى المنفق خاصة فيساره في قرابة غير الولاد من الرحم المحرم فلا يجب على غير الموسر في هذه القرابة نفقة وان كان قادرا على الكسب لان وجوب هذه النفقة من طريق الصلة والصلات تجب على الاغنياء لا على الفقراء واذا كان يسار المنفق شرط وجوب النفقة عليه في قرابة ذى الرحم فلا بد من معرفة حد اليسار الذي يتعلق به وجوب هذه النفقة روى عن أبي يوسف فيه انه اعتبر نصاب الزكاة قال ابن سماعة قال في نوادره سمعت أبا يوسف قال لا أجبر على نفقة ذى الرحم المحرم من لم يكن معه ما تجب فيه الزكاة ولو كان معه مائتا درهم الا درهما وليس له عيال وله أخت محتاجة لم أجبره على نفقتها وان كان يعمل بيده و يكتسب في الشهر خمسين درهما وروى هشام عن محمد انه قال اذا كان له نفقة شهر وعنده فضل عن نفقة شهر له ولعياله أجبره على نفقة ذى الرحم المحرم قال محمد وأما من لا شيء له وهو يكتسب كل يوم درهما يكتفي منه باربعة دوانيق فانه يرفع لنفسه ولعياله ما يتسع به و ينفق فضله على من يجبر على نفقته وجه رواية هشام عن محمد ان من كان عنده كفاية شهر فما زاد عليها فهو غنى عنه في الحال والشهر يتسع للاكتساب فكان عليه صرف الزيادة الى أقاربه وجه قول أبي يوسف ان نفقة ذى الرحم صلة والصلات انما تجب على الاغنياء كالصدقة وحد الغنا في الشريعة ما تجب فيه الزكاة وما قاله محمد اوفق وهو انه اذا كان له كسب دائم وهو غير محتاج الى جميعه فما زاد على كفايته يجب صرفه الى أقاربه كفضل ماله اذا كان له مال ولا يعتبر النصاب لان النصاب انما يعتبر في وجوب حقوق الله تعالى المالية والنفقة حق العبد فلا معنى للاعتبار بالنصاب فيها وانما يعتبر فيها امكان الاداء ولو طلب الفقير العاجز عن الكسب من ذى الرحم المحرم منه نفقة فقال أنا فقير وادعى هو انه غنى فالقول قول المطلوب لان الاصل هو الفقر والغنا عارض فكان الظاهر شاهدا له فمحمد يحتاج الى الفرق بينه و بين نفقة الزوجات والفرق له ان الاقدام على النكاح دليل القدرة فبطلت شهادة الظاهر وأما قرابة الولاد فينظر ان كان المنفق هو الاب فلا يشترط يساره لوجوب النفقة عليه بل قدرته على الكسب كافية حتى تجب عليه النفقة على أولاده الصغار والكبار الذكور الزمنى الفقراء والاناث الفقيرات وان كن صحيحات وان كان معسرا بعد أن كان قادرا على الكسب لان الانفاق عليهم عند حاجتهم وعجزهم عن الكسب احياؤهم واحياؤهم احياء نفسه لقيام الجزئية والعصبية واحياء نفسه واجب ولو كان لهم جد موسر لم يفرض النفقة على الجد ولكن يؤمر

الجد بالاتفاق عليهم عند حاجتهم ثم يرجع به على ابنه لان النفقة لا تجب على الجد مع وجود الاب اذا كان الاب قادرا على الكسب آلا ترى انه لا يجب عليه نفقة ابنه فنفقة أولاده أولى وان لم يكن الاب قادرا على الكسب بان كان زمنا قضى بنفقتهم على الجد لان عليه نفقة أبيهم فكذا نفقتهم وروى عن أبي يوسف انه قال في صغير له والد محتاج وهو زمن فرضت نفقته على قرابته من قبل أبيه دون قرابته من قبل أمه كل من أجبرته على نفقة الاب أجبرته على نفقة الغلام اذا كان زمنا لان الاب اذا كان زمنا كانت نفقته على قرابته فكذا نفقة ولده لانه جزؤه وقال فان لم يكن له قرابة من قبل أبيه قضيت بنفقته على أبيه وأمرت الخال أن ينفق عليه ويكون ذلك دينا على الاب ووجه الفرق بين قرابة الاب وقرابة الام ان قرابة الاب تجب عليهم نفقة الاب اذا كان زمنا فكذا نفقة ولده الصغير فاما قرابة الام فلا يجب عليهم نفقة الاب ولا نفقة الولد لان الاب لا يشاركه أحد في نفقة ولده وان كان المنفق هو الابن وهو معسر مكتسب ينظر في كسبه فان كان فيه فضل عن قوته يجبر على الانفاق على الاب من الفضل لانه قادر على احيائه من غير خلل يرجع اليه وان كان لا يفضل من كسبه شئ يؤمر فيما بينه وبين الله عز وجل ان يواسي أباه اذ لا يحسن أن يترك أباه ضائعا جائعا يتكفف الناس وله كسب وهل يجبر على ان ينفق عليه وتفرض عليه النفقة اذا طلب الاب الفرض أو يدخل عليه في النفقة اذا طلب الاب ذلك قال عامة الفقهاء انه لا يجبر على ذلك وقال بعضهم يجبر عليه واحتجوا بما روى عن عمر رضي الله عنه انه قال لو أصاب الناس السنة لادخلت على أهل كل بيت مثلهم فان الناس لم يهلكوا على أنصاف بطونهم وقال النبي صلى الله عليه وسلم طعام الواحد يكفي الاثنين ووجه قول العامة ان الجبر على الانفاق والاشراك في نفقة الولد المعسر يؤدى الى العجز عن الكسب لان الكسب لا يقوم الا بكمال القوة وكمال القوة بكمال الغذاء فلو جعلناه نصفين لم يقدر على الكسب وفيه خوف هلاكهما جميعا وذكر في الكتاب أرأيت لو كان الابن يأكل من طعام رجل غنى يعطيه كل يوم رغيفا أو رغيفين أيؤمر الابن ان يعطى أحدهما أباه قال لا يؤمر به ولو قال الاب للقاضي ان ابني هذا يقدر على ان يكتسب ما يفضل عن كسبه مما ينفق على لكنه يدع الكسب عمدا يقصد بذلك عقوقي ينظر القاضي في ذلك فان كان الاب صادقا في مقالته أمر الابن بان يكتسب فينفق على أبيه وان لم يكن صادقا بان علم انه غير قادر على اكتساب زيادة تركه هذا اذا كان الولد واحدا فان كان له أولاد صغار وزوجة ولا يفضل من كسبه شئ ينفق على أبيه فطلب الاب من القاضي أن يدخله في النفقة على عياله يدخله القاضي ههنا لان ادخال الواحد على الجماعة لا يخل بطعامهم خللا بينا بخلاف ادخال الواحد على الواحد هذا اذا لم يكن الاب عاجزا عن الكسب فاما اذا كان عاجزا عنه بان كان زمنا يشاركه الابن في قوته ويدخل عليه فيأكل معه وان لم يكن له عيال لانه ليس في المشاركة خوف الهلاك وفي ترك المشاركة خوف هلاك الاب فتجب المشاركة وكذلك الام اذا كانت فقيرة تدخل على ابنها فتأكل معه لكن لا يفرض لهما عليه نفقة على حدة والله عز وجل أعلم وأما الذي يرجع اليهما جميعا فنوعان أحدهما اتحاد الدين في غير قرابة الولاد من الرحم المحرم فلا تجرى النفقة بين المسلم والكافر في هذه القرابة فاما في قرابة الولاد فاتحاد الدين فيها ليس بشرط فيجب على المسلم نفقة آبائه وأمهاته من أهل الذمة ويجب على الذمي نفقة أولاده الصغار الذين أعطى لهم حكم الاسلام باسلام أمهم ونفقة أولاده الكبار المسلمين الذين هم من أهل استحقاق النفقة على ما نذكره ووجه الفرق من وجهين أحدهما ان وجوب هذه النفقة على طريق الصلة ولا تجب صلة رحم غير الوالدين عند اختلاف الدين وتجب صلة رحم الوالدين مع اختلاف الدين بدليل انه يجوز للمسلم ان يبتدئ بقتل أخيه الحربي ولا يجوز له أن يبتدئ بقتل أبيه الحربي وقد قال سبحانه في الوالدين الكافر وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يرد مثله في غير الوالدين والثاني ان وجوب النفقة في قرابة الولاد بحق الولادة لما ذكرنا ان الولادة توجب الجزئية والبعضية بين الوالد والولد وذا لا يختلف باختلاف الدين فلا يختلف الحكم المتعلق به والوجوب في غيرها من الرحم المحرم بحق الوراثة ولا وراثة عند اختلاف الدين

فلا نفقة ولو كان للمسلم ابنان أحدهما مسلم والآخر ذمي فنفقته عليهما على السواء لما ذكرنا ان نفقة الولادة لا تختلف باختلاف الدين والثاني اتحاد الدار في غير قرابة الولادة من الرحم المحرم فلا تجري النفقة بين الذمي الذي في دار الاسلام و بين الحربي في دار الحرب لاختلاف الدارين ولا بين الذمي والحربي المستأمن في دار الاسلام لان الحربي وان كان مستأمنا في دار الاسلام فهو من أهل الحرب وانما دخل دار الاسلام لحوائج يقضيها ثم يعود ألا ترى ان الامام يمكنه من الرجوع الى دار الحرب ولا يمكنه من اطالة الاقامة في دار الاسلام فاختلف الداران وكذا لا نفقة بين المسلم المتوطن في دار الاسلام و بين الحربي الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لاختلاف الدارين وهذا ليس بشرط في قرابة الولاد والفرق بينهما من وجهين أحدهما ان وجوب هذه النفقة في هذه القرابة بطريق الصلة ولا تجب هذه الصلة عند اختلاف الدارين وتجب في قرابة الولاد والثاني ان الوجوب ههنا بحق الوراثة ولا وراثة عند اختلاف الدارين والوجوب هناك بحق الولادة وانه لا يختلف وأما الذي يرجع الى غيرهما فقضاء القاضي في أحد نوعي النفقة وهي نفقة غير الولاد من الرحم المحرم فلا تجب هذه النفقة من غير قضاء القاضي ولا يشترط ذلك في نفقة الولاد حتى تجب من غير قضاء كما تجب نفقة الزوجات ووجه الفرق ان نفقة الولاد تجب بطريق الاحياء لما فيها من دفع الهلاك لتحقق معنى الجزئية والبعضية بين المنفق والمنفق عليه و يجب على الانسان احياء نفسه بدفع الهلاك عن نفسه ولا يقف وجوبه على قضاء القاضي فاما نفقة سائر ذي الرحم المحرم فليس وجوبها من طريق الاحياء لانعدام معنى الجزئية وانما تجب صلة محضة فجاز ان يقف وجوبها على قضاء القاضي و بخلاف نفقة الزوجات لان لها شبها بالاعواض فمن حيث هي صلة لم تصر دينا من غير قضاء و رضا ومن حيث هي عوض تجب من غير قضاء عملا بالشبهين وعلى هذا يخرج ما اذا كان الرجل غائبا وله مال حاضر ان القاضي لا يأمر أحدا بالنفقة من ماله الا الابوين الفقيرين وأولاده الفقراء الصغار الذكور والاناث والكبار الذكور الفقراء العجزة عن الكسب والاناث الفقيرات والزوجة لانه لا حق لاحد في ماله الا لهؤلاء ألا ترى انه ليس لغيرهم أن يمد يده الى ماله فيأخذه وان كان فقيرا محتاجا ولهم ذلك فكان الامر من القاضي بالانفاق من ماله لغيرهم قضاء على الغائب من غير خصم حاضر ولا يكون لهم قضاء بل يكون اعانة ثم ان كان المال حاضرا عند هؤلاء وكان النسب معروفا وعلم القاضي بذلك أمرهم بالنفقة منه لان نفقتهم واجبة من غير قضاء القاضي فكان الامر من القاضي بالانفاق اعانة لا قضاء وان لم يعلم بالنسب فطلب بعضهم ان يثبت ذلك عند القاضي بالبينة لا تسمع منه البينة لانه يكون قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وكذلك ان كان ماله وديعة عند انسان وهو مقر بها أمرهم القاضي بالانفاق منها وكذا اذا كان له دين على انسان وهو مقر به لما قلنا ولو دفع صاحب اليد أو المديون اليهم بغير اذن القاضي يضمن واذا وقع باذنه لا يضمن واستوثق القاضي منهم كفيلا ان شاء وكذا لا يأمر الجد وولد الولد حال وجود الاب والولد لانهما حال وجودهما بمنزلة ذوي الارحام و يأمرهما حال عدمهما لان الجد يقوم مقام الاب حال عدمه و ولد الولد يقوم مقام الولد حال عدمه وان كان صاحب اليد أو المديون منكرا فارادوا أن يقيموا البينة لم يلتفت القاضي الى ذلك لما ذكرنا فان أنفق الاب من مال ابنه ثم حضر الابن فقال للاب كنت موسرا وقال الاب كنت معسرا ينظر الى حال الاب وقت الخصومة فان كان معسرا فالقول قوله وان كان موسرا فالقول قول الابن لان الظاهر استمرار حال اليسار والاعسار والتغير خلاف الظاهر فيحكم الحال وصار هذا كالآجر مع المستأجر اذا اختلفا في جريان الماء وانقطاعه انه يحكم الحال لما قلنا كذا هذا فان اقاما البينة فالبينة بينة الابن لانها تثبت أمرا زائدا وهو الغنا هذا اذا كان المال من جنس النفقة من الدراهم والدنانير والطعام والكسوة فان كان من غير جنسها فالقاضي لا يبيع على الغائب العقار لاجل القضاء بالاتفاق وكذا الاب الا اذا كان الولد صغيرا فليبع العقار وأما العروض فهل يبيعها القاضي فالامر فيه على ما ذكرنا من الاتفاق والاختلاف وهل يبيعها الاب قال أبو حنيفة يبيع مقدار ما يحتاج اليه لا الزيادة على ذلك وهو

استحسان وقال أبو يوسف ومحمد لا يبيع ولا خلاف ان الام لا تبيع مال ولدها الصغير والكبير وكذا الاولاد لا يبيعون مال الابوين (وجه) قولهما وهو القياس أنه لا ولاية للاب على الولد الكبير فكان هو وغيره من الاقارب سواء ولهذا لا يبيع العقار وكذا العروض ولابى حنيفة أن فى بيع العروض نظرا للولد الغائب لان العروض مما يخاف عليه الهلاك فكان بيعها من باب الحفظ والاب يملك النظر لولده بحفظ ماله وغير ذلك بخلاف العقار فانه محفوظ بنفسه فلا حاجة الى حفظه بالبيع فيبقى بيعه تصرفا على الولد الكبير فلا يملكه ولان الشرع أضاف مال الولد الى الوالد وسماه كسباله فان لم يظهر ذلك فى حقيقة الملك فلا أقل من أن يظهر فى ولاية بيع عرضه عند الحاجة

﴿ فصل ﴾ وأما بيان مقدار الواجب من هذه النفقة فنفقة الاقارب مقدرة بالكفاية بلا خلاف لانها تجب للحاجة فتتقدر بقدر الحاجة وكل من وجبت عليه نفقة غيره يجب عليه له المأكل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع ان كان رضيعا لان وجوبها بالكفاية والكفاية تتعلق بهذه الاشياء فان كان للمنفق عليه خادم يحتاج الى خدمته تفرض له أيضا لان ذلك من جملة الكفاية

﴿ فصل ﴾ وأما بيان كيفية وجوبها فهذه النفقة تجب على وجه لا تصير دينا فى الذمة أصلا سواء فرضها القاضى أولا بخلاف نفقة الزوجات فانها تصير دينا فى الذمة بفرض القاضى أو بالتراضى حتى لو فرض القاضى للقريب نفقة شهر فمضى الشهر ولم يأخذ ليس له أن يطالبه بها بل تسقط وفى نفقة الزوجات للمرأة ولاية المطالبة بما مضى من النفقة فى مدة الفرض وقد ذكرنا وجه الفرق بينهما فى نفقة الزوجات فيقع الفرق بين النفقتين فى أشياء منها ما وصفنا آنفا ان نفقة المرأة تصير دينا بالقضاء أو بالرضا ونفقة الاقارب لا تصير دينا أصلا ورأسا ومنها ان نفقة الاقارب أوكسوتهم لا تجب لغير المعسر ونفقة الزوجات أوكسوتهن تجب للمعسرة والموسرة ومنها ان نفقة الاقارب أوكسوتهم اذا هلكت قبل مضى مدة الفرض تجب نفقة أخرى وكسوة أخرى وفى نفقة الزوجات لا تجب ومنها ان نفقة الاقارب أوكسوتهم اذا تعيبت بعد مضى المدة لا تجب أخرى وفى نفقة الزوجات تجب وقد مر الفرق بين هذه الجملة فى فصل نفقة الزوجات ومنها أنه اذا عجل نفقة مدة فى الاقارب فمات المنفق عليه قبل تمام المدة لا يسترد شيأ منها بلا خلاف وفى نفقة الزوجات خلاف محمد ويحبس فى نفقة الاقارب كما يحبس فى نفقة الزوجات أما غير الاب فلا شك فيه وأما الاب فيحبس فى نفقة الولد أيضا ولا يحبس فى سائر ديونه لان ايذاء الاب حرام فى الاصل وفى الحبس ايذاؤه الا أن فى النفقة ضرورة وهى ضرورة دفع الهلاك عن الولد اذ لو لم ينفق عليه لهلك فكان هو بالامتناع من الانفاق عليه كالقاصد اهلاكه فدفع قصده بالحبس ويحمل هذا القدر من الاذى لهذه الضرورة وهذا المعنى لم يوجد فى سائر الديون ولان ههنا ضرورة أخرى وهى ضرورة استدراك هذا الحق أعنى النفقة لانها تسقط بمضى الزمان فتقع الحاجة الى الاستدراك بالحبس لان الحبس يحمله على الاداء فيحصل الاستدراك ولو لم يحبس يفوت حقه رأسا فشرع الحبس فى حقه لضرورة استدراك الحق صيانة له عن الفوات وهذا المعنى لا يوجد فى سائر الديون لانها لا تفوت بمضى الزمان فلا ضرورة الى الاستدراك بالحبس ولهذا قال أصحابنا ان الممتنع من النفقة يضرب ولا يحبس بخلاف الممتنع من سائر الحقوق لانه لا يمكن استدراك هذا الحق بالحبس لانه يفوت بمضى الزمان فيستدرك بالضرب بخلاف سائر الحقوق وكذلك الجد أب الاب وان علا لانه يقوم مقام الاب عند عدمه

﴿ فصل ﴾ وأما بيان المسقط لها بعد الوجوب فالمسقط لها بعد الوجوب هو مضى الزمان من غير قبض ولا استدانة حتى لو فرض القاضى نفقة شهر للقريب فلم يقبض ولا استدان عليه حتى مضت المدة سقطت النفقة لما ذكرنا ان هذه النفقة تجب صلة محضة فلا يتأكد وجوبها الا بالقبض أو ما يقوم مقامه والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما نفقة الرقيق فالكلام فى هذا الفصل فى مواضع فى بيان وجوب هذه النفقة وفى بيان سبب وجوبها وفى بيان شرط الوجوب وفى بيان مقدار الواجب وفى بيان كيفية الوجوب أما الاول فوجوبها ثابت

بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب فقوله عز وجل أو ما ملكت أيمانكم معطوفا على قوله وبالوالدين احسانا أمر بالاحسان الى المماليك ومطلق الامر يحمل على الوجوب والانفاق عليهم احسان بهم فكان واجبا ويحتمل أن يكون أمرا بالاحسان الى المماليك أمرا بتوسيع النفقة عليهم لان المرء لا يترك أصل النفقة على مملوكه اشفاقا على ملكه وقد يقتر في الانفاق عليه لكونه مملوكا في يده فامر الله عز وجل السادات بتوسيع النفقة على مماليكهم شكرا لما أنعم عليهم حيث جعل من هو من جوهرهم وأمثالهم في الخلقة خدما وخولا أذلاء تحت أيديهم يستخدمونهم ويستعملونهم في حوائجهم وأما السنة فما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوصى بالمملوك خيرا ويقول أطعموهم مما تأكلون واكسوهم مما تلبسون ولا تكلفوهم ما لا يطيقون فان الله تعالى يقول لا يكلف الله نفسا الا وسعها وعن أنس رضى الله عنه قال كان آخر وصية رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حضرته الوفاة الصلاة وما ملكت أيمانكم وجعل صلى الله عليه وسلم يغرغر بها في صدره وما يقبض بها لسانه وعليه اجماع الامة أن نفقة المملوك واجبة وأما المعقول فهو عبد مملوك لا يقدر على شيء فلو لم تجعل نفقته على مولاه لهلك

﴿ فصل ﴾ وأما سبب وجوبها فالملك لانه يوجب الاختصاص بالمملوك انتفاعا وتصرفا وهو نفس الملك فاذا كانت منفعته للمالك كانت مؤنته عليه اذ الخراج بالضمان وعلى هذا يبنى أنه لا يجب على العبد نفقة ولده لعدم الملك لان أمه ان كانت حرة فهو حر وان كانت مملوكة فهو ملك مولاها فكانت نفقته على المولى ولان العبد لا مال له بل هو وما في يده لمولاه والمولى أجنبي عن هذا الولد فكيف تجب النفقة في مال الغير لملك الغير وكذا لا يجب على الحر نفقة ولده المملوك بأن تزوج حرأمة غيره فولدت ولدا لانه ملك غيره فلا تجب عليه نفقة مملوك غيره ولو أعتق عبده بطلت النفقة لبطلان سبب الوجوب وهو الملك ثم ان كان بالغا صحيحا فنفقته في كسبه وان كان صغيرا أو زمنا قالوا ان نفقته في بيت المال لانه واحد من المسلمين حر عاجز لا يعرف له قريب وبيت المال مال المسلمين فكانت نفقته فيه وكذا اللقيط اذا لم يكن معه مال فنفقته في بيت المال لما قلنا وقالوا في الصغير في يد رجل قال لرجل هذا عبدك أودعتنيه فجحد قال محمد أستحلفه بالله عز وجل ما أودعته فان حلف قضيت بنفقته على الذي هو في يده لانه أقر برقه ثم أقر به لغيره وقد رد الغير اقراره فبقي في يده واليد دليل الملك فيلزمه نفقته قال محمد ولو كان كبيرا لم أستحلف المدعى عليه لانه اذا كان كبيرا كان في يد نفسه وكان دعواه هدرا فيقف الامر على دعوى الكبير فكل من ادعى عليه أنه عبده وصدقه فعليه نفقته ولو كان العبد بين شريكين فنفقته عليهما على قدر ملكيهما وكذلك لو كان في أيديهما كل واحد منهما يدعى أنه له ولا بينة لهما فنفقته عليهما وقالوا في الجارية المشتركة بين اثنين أتت بولد فادعاه الموليان ان نفقة هذا الولد عليهما وعلى الولد اذا كبر نفقة كل واحد منهما الا ان كل واحد منهما أب كامل في حقه والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرط وجوبها فهو أن يكون الرقيق مملوك المنافع والمكاسب للمولى فان لم يكن فلا تجب عليه نفقته فيجب على الانسان نفقة عبده القن والمدبر وأم الولد لان أكسابهم ملك المولى ولا تجب عليه نفقة مكاتبه لانه غير مملوك المكاسب لمولاه ألا ترى أنه أحق بكسبه من مولاه فكان في مكاسبه كالحر فكانت نفقته في كسبه كالحر وكذا معتق البعض لانه بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة وعندهما حر عليه دين والعبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر نفقته على صاحب الخدمة لا على صاحب الرقبة لان منفعته لصاحب الخدمة ونفقة عبد الرهن على الراهن لان ملك الذات والمنفعة له ونفقة عبد الوديعة على المودع لما قلنا ونفقة عبد العارية على المستعير لان ملك المنفعة في زمن العارية له اذ الاعارة تمليك المنفعة ونفقة عبد الغصب قبل الرد على الغاصب لان منافعه تحدث على ملكه على بعض طرق أصحابنا حتى لو لم تكن مضمونة على الغاصب فكانت نفقته عليه ولان رد المغصوب على الغاصب ومؤنة الرد عليه لكونها من ضرورات الرد والنفقة من ضرورات الرد لانه لا يمكنه الا باستبقائه ولا يبقى عادة الا بالنفقة فكانت النفقة من مؤنات الرد لكونها من ضروراته فكانت على الغاصب والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما مقدار الواجب منها فمقدار الكفاية لان وجوبها للكفاية فتقدر بقدر الكفاية كنفقة الاقارب

﴿فصل﴾ وأما كيفية وجوبها فانها تجب على وجه يجبر عليها عند الطلب والخصومة فى الجملة بيان ذلك أن المملوك اذا خاصم مولاه فى النفقة عند القاضى فان القاضى يأمره بالنفقة عليه فان أبى ينظر القاضى فكل من يصلح للاجارة يؤاجره و ينفق عليه من أجرته أو يبيعه ان كان محلا للبيع كالقن ورأى البيع أصلح ولا يجبر على الانفاق وان لم يصلح للاجارة بان كان صغيرا أو جارية ولا محلا للبيع كالمدبر وأم الولد يجبره على الانفاق لانه لا يمكن بيعه ولا اجارته وتركه جائعا تضييع الى آدمى فيجبر المولى على الانفاق والله عز وجل أعلم (وأما) نفقة البهائم فلا يجبر عليها فى ظاهر الرواية ولكنه يفتى فيما بينه و بين الله تعالى أن ينفق عليها وروى عن أبى يوسف أنه يجبر عليها لان فى تركه جائعا تعذيب الحيوان بلا فائدة وتضييع المال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك كله ولانه سفه لخلوه عن العاقبة الحميدة والسفه حرام عقلا وجه ظاهر الرواية أن الجبر على الحق يكون عند الطلب والخصومة من صاحب الحق ولا خصم فلا يجبر ولكن تجب فيما بينه و بين الله تعالى لما قاله أبو يوسف وأما نفقة الجمادات كالدور والعقار فلا يجبر عليها لما قلنا ولا يفتى أيضا بالوجوب الا أنه اذا كان هناك تضييع المال فيكره له ذلك والله عز وجل أعلم

﴿كتاب الحضانة﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى تفسير الحضانة وفى بيان من له الحضانة وفى بيان مدة الحضانة وفى بيان مكان الحضانة أما الاول فالحضانة فى اللغة تستعمل فى معنيين أحدهما جعل الشئ فى ناحية يقال حضن الرجل الشئ أى اعتزله فجعله فى ناحية منه والثانى الضم الى الجنب يقال حضنته واحتضنته اذا ضممته الى جنبك والحضن الجنب فحضانة الام ولدها هى ضمها اياه الى جنبها واعتزالها اياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وامساكه وغسل ثيابه ولا تجبر الام على ارضاعه الا أن لا يوجد من ترضعه فتجبر عليه وهذا قول عامة العلماء وقال مالك ان كانت شريفة لم تجبر وان كانت دنية تجبر والصحيح قول العامة لقوله عز وجل لا تضار والدة بولدها قيل فى بعض وجوه التأويل أى لا تضار بالزام الارضاع مع كراهتها وقوله عز وجل فى المطلقات فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن جعل تعالى أجر الرضاع على الاب لا على الام مع وجودها فدل ان الرضاع ليس على الام وقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف أى رزق الوالدات المرضعات فان أريد به المطلقات ففيه أنه لا ارضاع على الام حيث أوجب بدل الارضاع على الاب مع وجود الام وان أريد به المنكوحات كان المراد منه والله عز وجل أعلم ايجاب زيادة النفقة على الاب للام المرضعة لاجل الولد والا فالنفقة تستحقها المنكوحة من غير ولد ولان الارضاع انفاق على الولد ونفقة الولد يختص بها الوالد لا يشاركه فيها الام كنفقته بعد الاستغناء فكما لا تجب عليها نفقته بعد الاستغناء لا تجب عليها قبله وهو ارضاعه وهذا فى الحكم وأما فى الفتوى فتفتى بانها ترضعه لقوله تعالى لا تضار والدة بولدها قيل فى بعض تأويلات الآية أى لا تضار بولدها بان ترميه على الزوج بعد ما عرفها وألفها ولا ترضعه فيتضرر الولد ومتى تضرر الولد تضرر الوالد لانه يتألم قلبه بذلك وقد قال الله تعالى ولا مولود له بولده أى لا يضار المولود له بسبب الاضرار بولده كذا قيل فى بعض وجوه التأويل ولان النكاح عقد سكن وازدواج وذلك لا يحصل الا باجتماعهما على مصالح النكاح ومنها ارضاع الولد فيفتى به ولكنها ان أبت لا تجبر عليه لما قلنا الا اذا كان لا يوجد من يرضعه فحينئذ تجبر على ارضاعه اذ لو لم تجبر عليه لهلك الولد ولو التمس الاب لولده مرضعا فارادت الام أن ترضعه بنفسها فهى أولى لانها أشفق عليه ولان فى انتزاع الولد منها اضرارا بها وانه منهى عنه لقوله عز وجل لا تضار والدة بولدها قيل فى بعض الاقاويل أى لا يضارها زوجها بانتزاع الولد منها وهى تريد امساكه وارضاعه فان أرادت أن تأخذ على ذلك أجرا فى صلب النكاح لم يجز لها ذلك لان الارضاع وان لم يكن مستحقا عليها فى الحكم فهو مستحق فى الفتوى ولا يجوز أخذ

الاجر

الاجر على أمر مستحق لانه يكون رشوة ولانها قد استحقت نفقة النكاح وأجرة الرضاع وأجرة الرضاع بمنزلة النفقة فلا تستحق نفقتين ولان أجر الرضاع يجب لحفظ الصبي وغسله وهو من نظافة البيت ومنفعة البيت تحصل للزوجين فلا يجوز لها أن تأخذ عوضا عن منفعة تحصل لها حتى لو استأجرها على ارضاع ولده من غيرها جاز لان ذلك غير واجب عليها فلا يكون أخذ الاجرة على فعل واجب عليها وكذا ليس في حفظه منفعة تعود اليها لانه لا يجب عليها أن تسكنه معها وكذلك اذا كانت معتدة من طلاق رجعي لا يحل لها أن تأخذ الاجرة كما لا يجوز في صلب النكاح لان النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه وأما المبتوتة ففيها روايتان في رواية لا يجوز لها أن تأخذ الاجر لانها مستحقة للنفقة والسكنى في حال قيام العدة فلا يحل لها الاجرة كما لا يحل للزوجة وفي رواية يجوز لان النكاح قد زال بالابانة فصارت كالاجنبية وأما اذا انقضت عدتها فالتمست أجرة الرضاع وقال الاب أنا أجد من يرضعه بغير اجر أو باقل من ذلك فذلك له لقوله تعالى فان تعاسرتم فسترضع له أخرى ولان في الزام الاب بما تلتمسه الام اضرارا بالاب وقد قال الله سبحانه وتعالى ولا مولود له بولده أي لا يضار الاب بالزام الزيادة على ما تلتمسه الاجنبية كذا ذكر في بعض التأويلات ولكن ترضعه عند الام ولا يفرق بينهما لما فيه من الحاق الضرر بالام والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من له الحضانة فالحضانة تكون للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت والاصل فيها النساء لانهن أشفق وأرفق وأهدى الى تربية الصغار ثم تصرف الى الرجال لانهم على الحماية والصيانة واقامة مصالح الصغار اقدر ولكل واحد منهما شرط فلا بد من بيان شرط الحضانتين ووقتهما أما التي للنساء فمن شرائطها أن تكون المرأة ذات رحم محرم من الصغار فلا حضانة لبنات العم و بنات الخال و بنات العمة و بنات الخالة لان مبنى الحضانة على الشفقة والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة ثم يتقدم فيها الاقرب فالاقرب فأحق النساء من ذوات الرحم المحرم بالحضانة الام لانه لا أقرب منها ثم أم الام ثم أم الاب لان الجدتين وان استويتا في القرب لكن احداهما من قبل الام أولى وهذه الولاية مستفادة من قبل الام فكل من يدلي بقرابة الام كان أولى لانها تكون أشفق ثم الاخوات فأم الاب أولى من الاخت لان لها ولادا فكانت أدخل في الولاية وكذا هي أشفق وأولى الاخوات الاخت لاب وأم ثم الاخت لام ثم الاخت لاب لان الاخت لاب وأم تدلي بقرابتين فترجح على الاخت لام بقرابة الاب وترجح الاخت لام لانها تدلي بقرابة الام فكانت أولى من الاخت لاب واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الاخت لاب مع الخالة أيتهما أولى روى عنه في كتاب النكاح أن الخالة أولى وهو قول محمد وزفر وروى عنه في كتاب الطلاق أن الاخت لاب أولى وجه الرواية الاولى ماروى أن بنت حمزة لما رأت عليا رضي الله عنه تمسكت به وقالت ابن عمي فأخذها فاختصم فيها علي وجعفر وزيد بن حارثة رضي الله عنهم فقال رضي الله عنه بنت عمي وقال جعفر بنت عمي وخالتها عندي وقال زيد بن حارثة رضي الله عنه بنت أخي آخيت بيني و بين حمزة يارسول الله فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها لخالتها وقال صلى الله عليه وسلم الخالة والدة فقد سمى الخالة والدة فكانت أولى وجه الرواية الاخرى أن الاخت لاب بنت الاب والخالة بنت الجد فكانت الاخت أقرب فكانت أولى و بنت الاخت لاب وأم أولى من الخالة لانها من ولد الابوين وكذا بنت الاخت لام لانها من ولد الام والخالة ولد الجد وكذا بنت الاخت لاب أولى من الخالة على الرواية الاخيرة لانها من ولد الاب والخالة ولد الجد فكانت أولى وأما على الرواية الاولى فلا شك أن الخالة تتقدم عليها لانها تتقدم على أمها وهي الاخت لاب فلان تتقدم على بنتها وهي أبعد من أمها أولى وبنات الاخت أولى من بنات الاخ لان الاخ لا حق له في الحضانة والاخت لها حق فيها فكان ولد الاخت أولى والخالات أولى من بنات الاخ لان بنت الاخ تدلي بقرابة الذكر والخالة تدلي بقرابة الام فكانت الخالة أولى و بنات الاخ أولى من العمات وان كانت كل واحدة منهما أعني بنت الاخ والعمة تدلي بذكر لكن بنت الاخ أقرب لانها ولد الاب والعمة ولد الجد فكانت بنت الاخ أقرب فكانت أولى ثم الخالات أولى من

العمات وان تساوين فى القرب لان الخالات يدلين بقرابة الام فكن أشفق وأولى الخالات الخالة لاب وأم لانها تدلى بقرابتين ثم الخالة لام لادلائها بقرابة الام ثم الخالة لاب ثم العمات وذكر الحسن بن زياد فى كتاب الطلاق أن أم الاب أولى من الخالة فى قول أبى يوسف وقال زفر الخالة أولى وجه قول زفر قول النبى صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وجه قول أبى يوسف أن أم الاب لها ولاد والولاية فى الاصل مستفادة بالولاد وأولى العمات العمة لاب وأم لانها تدلى بقرابتين ثم العمة لام لاتصالها بجهة الام ثم العمة لاب وأما بنات العم والخال والعمة والخالة فلا حق لهن فى الحضانة لعدم الرحم المحرم والله أعلم ومنها أن لا تكون ذات زوج أجنبى من الصغير فان كانت فلا حق لها فى الحضانة وأصله ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء ويزعم أبوه أن ينزعه منى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به منه مالم تنكحى وروى عن سعيد بن المسيب أنه قال طلق عمر رضى الله عنه أم ابنه عاصم رضى الله عنه فلقيها ومعها الصبى فنازعها وارتفعا الى أبى بكر الصديق رضى الله عنه فقضى أبو بكر رضى الله عنه بعاصم بن عمر رضى الله عنهما لامه مالم يشب أو تتزوج وقال ان ريحها وفراشها خير له حتى يشب أو تتزوج وذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولان الصغير يلحقه الجفاء والمذلة من قبل الاب لانه يبغضه لغيرته وينظر اليه نظر المغشى عليه من الموت ويقتر عليه النفقة فيتضرر به حتى لو تزوجت بذى رحم محرم من الصبى لا يسقط حقها فى الحضانة كالجدة اذا تزوجت بجد الصبى أو الام تزوجت بعم الصبى أنه لا يلحقه الجفاء منهما لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على الشفقة ولو مات عنها زوجها أو أبانها عاد حقها فى الحضانة لان المانع قد زال فزول المنع ويعود حقها وتكون هى أولى ممن هى أبعد منها كما كانت ومنها عدم ردتها حتى لو ارتدت عن الاسلام بطل حقها فى الحضانة لان المرتدة تحبس فيتضرر به الصبى ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع وسئل محمد عن النساء اذا اجتمعن ولهن أزواج قال يضعه القاضى حيث شاء لانه لا حق لهن فصار كمن لا قرابة له ومنها أن تكون حرة فلا حق للامة وأم الولد فى حضانة الولد الحر لان الحضانة ضرب من الولاية وهما ليستا من أهل الولاية فاما اذا اعتقتا فهما فى الحضانة كالحرة لانهما استفادتا الولاية بالعتق وأهل الذمة فى هذه الحضانة بمنزلة أهل الاسلام لان هذا الحق انما يثبت نظرا للصغير وأنه لا يختلف بالاسلام والكفر وكذا اتحاد الدين ليس بشرط لثبوت هذا الحق حتى لو كانت الحاضنة كتابية والولد مسلم كانت فى الحضانة كالمسلمة كذا ذكر فى الاصل لما قلنا وكان أبو بكر احمد بن على الرازى يقول انها أحق بالصغير والصغيرة حتى يعقلا فاذا عقلا سقط حقها لانها تعودهما أخلاق الكفرة وفيه ضرر عليهما والله عز وجل الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما وقت الحضانة التى من قبل النساء فالام والجدتان أحق بالغلام حتى يستغنى عنهن فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده كذا ذكر فى ظاهر الرواية وذكر أبو داود بن رشيد عن محمد ويتوضأ وحده يريد به الاستنجاء أى ويستنجى وحده ولم يقدر فى ذلك تقديرا وذكر الخصاف سبع سنين أو ثمان سنين أو نحو ذلك وأما الجارية فهى أحق بها حتى تحيض كذا ذكر فى ظاهر الرواية وحكى هشام عن محمد حتى تبلغ أو تشتهى وانما اختلف حكم الغلام والجارية لان القياس ان تتوقت الحضانة بالبلوغ فى الغلام والجارية جميعا لانها ضرب ولاية ولانها ثبتت للام فلا تنتهى الا بالبلوغ كولاية الاب فى المال الا انا تركنا القياس فى الغلام باجماع الصحابة رضى الله عنهم لما روينا أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قضى بعاصم بن عمر لامه مالم يشب عاصم أو تتزوج أمه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فتركنا القياس فى الغلام باجماع الصحابة رضى الله عنهم فبقى الحكم فى الجارية على أصل القياس ولان الغلام اذا استغنى يحتاج الى التأديب والتخلق باخلاق الرجال وتحصيل أنواع الفضائل واكتساب أسباب العلوم والاب على ذلك أقوم وأقدر مع ما أنه لو ترك فى يدها لتخلق باخلاق النساء وتعود بشمائلهن وفيه ضرر وهذا المعنى لا يوجد فى الجارية فتترك فى يد الام بل تمس الحاجة الى الترك فى يدها الى

وقت

وقت البلوغ لحاجتها الى تعلم آداب النساء والتخلق باخلاقهن وخدمة البيت ولا يحصل ذلك الا وأن تكون عند الام ثم بعد ما حاضت أو بلغت عند الام حد الشهوة تقع الحاجة الى حمايتها وصيانتها وحفظها عمن يطمع فيها لكونها لحما على وضم فلابد ممن يذب عنها والرجال على ذلك أقدر وأما غير هؤلاء من ذوات الرحم المحرم من الاخوات والخالات والعمات اذا كان الصغير عندهن فالحكم فى الجارية كالحكم فى الغلام وهو انها تترك فى أيديهن الى ان تأكل وحدها وتشرب وحدها وتلبس وحدها ثم تسلم الى الاب وانما كان كذلك لانها وان كانت تحتاج بعد الاستغناء الى تعلم آداب النساء لكن فى تأديبها استخدامها وولاية الاستخدام غير ثابتة لغير الامهات من الاخوات والخالات والعمات فتسلمها الى الاب احترازا عن الوقوع فى المعصية وأما التى للرجال فاما وقتها فما بعد الاستغناء فى الغلام الى وقت البلوغ وبعد الحيض فى الجارية اذا كانت عند الام أو الجدتين وان كانا عند غيرهن فما بعد الاستغناء فيهما جميعا الى وقت البلوغ لما ذكرنا من المعنى وانما توقت هذا الحق الى وقت بلوغ الصغير والصغيرة لان ولاية الرجال على الصغار والصغائر تزول بالبلوغ كولاية المال غير أن الغلام اذا كان غير مأمون عليه فللاب أن يضمه الى نفسه ولا يخلى سبيله كيلا يكتسب شيأ عليه وليس عليه نفقته الا أن يتطوع فاما اذا بلغ عاقلا واجتمع رأيه واستغنى عن الاب وهو مأمون عليه فلا حق للاب فى امساكه كما ليس له أن يمنعه من ماله فيخلى سبيله فيذهب حيث شاء والجارية ان كانت ثيبا وهى غير مأمونة على نفسها لا يخلى سبيلها ويضمها الى نفسه وان كانت مأمونة على نفسها فلا حق له فيها ويخلى سبيلها وتترك حيث أحبت وان كانت بكرا لا يخلى سبيلها وان كانت مأمونة على نفسها لانها مطمع لكل طامع ولم تختبر الرجال فلا يؤمن عليها الخداع وأما شرطها فمن شرائطها العصوبة فلا تثبت الا للعصبة من الرجال ويتقدم الاقرب فالاقرب الاب ثم الجد أبوه وان علا ثم الاخ لاب وأم ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وأم ثم ابن الاخ لاب ثم العم لاب وأم ثم العم لاب ثم ابن العم لاب وأم ثم ابن العم لاب ان كان الصبى غلاما وان كان جارية فلا تسلم اليه لانه ليس بمحرم منها لانه يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها وأما الغلام فانه عصبة وأحق به ممن هو أبعد منه ثم عم الاب لاب وأم ثم عم الاب لاب ثم عم الجد لاب وأم ثم عم الجد لاب ولو كان لها ثلاثة أخوة كلهم على درجة واحدة بان كانوا كلهم لاب وأم أو لاب أو ثلاثة أعمام كلهم على درجة واحدة فأفضلهم صلاحا وورعا أولى فان كانوا فى ذلك سواء فأكبرهم سنا أولى بالحضانة فان لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم اختار لها القاضى أفضل المواضع لان الولاية فى هذه الحالة اليه فيراعى الاصلح فان رآه أصلح ضمها اليه والا فيضعها عند امرأة مسلمة أمينة وكل ذكر من قبل النساء فلا حق له فى الولد مثل الاخ لام والخال وأبو الام لانعدام العصوبة وقال محمد ان كان للجارية ابن عم وخال وكلاهما لا بأس به فى دينه جعلها القاضى عند الخال لانه محرم وابن العم ليس بمحرم فكان المحرم أولى والاخ من الاب أحق من الخال لانه عصبة وهو أيضا أقرب لانه من أولاد الاب والخال من أولاد الجد وذكر الحسن ابن زياد أن الصبى اذا لم يكن له قرابة من قبل النساء فالعم أولى به من الخال وأبو الام لانه عصبته والاخ لاب أولى من العم وكذلك ابن الاخ لانه أقرب فان لم تكن له قرابة أشفق من جهة أبيه من الرجال والنساء فان الام أولى من الخال والاخ لام لان لها ولادا وهى أشفق ممن لا ولاد له من ذوى الارحام ومنها اذا كان الصغير جارية أن تكون عصبتها ممن يؤتمن عليها فان كان لا يؤتمن لفسقه ولخيانته لم يكن له فيها حق لان فى كفالته لها ضررا عليها وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر حتى لو كانت الاخوة والاعمام غير مأمونين على نفسها ومالها لا تسلم اليهم وينظر القاضى امرأة من المسلمين ثقة عدلة أمينة فيسلمها اليها الى أن تبلغ فتترك حيث شاءت وان كانت بكرا ومنها اتحاد الدين فلا حق للعصبية فى الصبى الا أن يكون على دينه كذا ذكر محمد وقال هذا قول أبى حنيفة وقياسه لان هذا الحق لا يثبت الا للعصبة واختلاف الدين يمنع التعصيب وقد قالوا فى الاخوين اذا كان أحدهما مسلما والآخر يهوديا والصبى يهودى أن اليهودى أولى به لانه عصبة لا المسلم والله عز وجل الموفق ولا خيار للغلام والجارية اذا اختلف الابوان فيهما قبل

البلوغ عندنا وقال الشافعي يخير الغلام اذا عقل التخيير واحتج بما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت زوجي يريد أن ينتزع ابنه مني وانه قد نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة فقال استهما عليه فقال الرجل من يشاقني في ابني فقال النبي صلى الله عليه وسلم للغلام اختر أيهما شئت فاختار أمه فأعطاها اياه ولان في هذا نظر للصغير لانه يحتاج الاشفق ولنا ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للام أنت أحق به مالم تنكحي ولم يخير ولان تخيير الصبي ليس بحكمة لانه لغلبة هواه يميل الى اللذة الحاضرة من الفراغ والكسل والهرب من الكتاب وتعلم آداب النفس ومعالم الدين فيختار شر الابوين وهو الذي يهمله ولا يؤدبه وأما حديث أبي هريرة رضي الله عنه فالمراد منه التخيير في حق البالغ لانها قالت نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة ومعنى قولها نفعني أي كسب علي والبالغ هو الذي يقدر على الكسب وقد قيل ان بئر أبي عتبة بالمدينة لا يمكن الصغير الاستقاء منه فدل على ان المراد منه التخيير في حق البالغ ونحن به نقول ان الصبي اذا بلغ يخير والدليل عليه ما روى عن عمارة بن ربيعة المخزومي انه قال غزا أبي نحو البحرين فقتل فجاء عمي ليذهب بي فخاصمته أمي الى علي بن أبي طالب رضي الله عنه ومعي أخ لي صغير فخيرني علي رضي الله عنه ثلاثا فاخترت أمي فأبى عمي ان يرضى فوكزه علي رضي الله عنه بيده وضربه بدرته وقال لو بلغ هذا الصبي أيضا خير فهذا يدل على ان التخيير لا يكون الا بعد البلوغ

﴿فصل﴾ وأما بيان مكان الحضانة فمكان الحضانة مكان الزوجين اذا كانت الزوجية بينهما قائمة حتى لو أراد الزوج أن يخرج من البلد وأراد أن يأخذ ولده الصغير ممن له الحضانة من النساء ليس له ذلك حتى يستغني عنها لما ذكرنا انها أحق بالحضانة منه فلا يملك انتزاعه من يدها لما فيه من ابطال حقها فضلا عن الاخراج من البلد وان أرادت المرأة أن تخرج من المصر الذي هي فيه الى غيره فللزوج أن يمنعها من الخروج سواء كان معها ولد او لم يكن لان عليها المقام في بيت زوجها وكذلك اذا كانت معتدة لا يجوز لها الخروج مع الولد وبدونه ولا يجوز للزوج اخراجها لقوله عز وجل لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة وأما اذا كانت منقضية العدة فارادت أن تخرج بولدها من البلد الذي هي فيه الى بلد فهذا على أقسام ان أرادت أن تخرج الى بلدها وقد وقع النكاح فيه فلها ذلك مثل أن تزوج كوفية بالكوفة ثم نقلها الى الشام فولدت أولادا ثم وقعت الفرقة بينهما وانقضت العدة فارادت أن تنقل أولادها الى الكوفة فلها ذلك لان المانع هو ضرر التفريق بينه وبين ولده وقد رضي به لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها في بلدها لان من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر انه يقيم فيه والولد من ثمرات النكاح فكان راضيا بحضانة الولد في ذلك البلد فكان راضيا بالتفريق الا ان النكاح مادام قائما يلزمها اتباع الزوج فاذا زال فقد زال المانع وان وقع النكاح في غير بلدها لم يكن لها ان تنتقل بولدها الى بلدها بان تزوج امرأة كوفية بالشام فوقعت الفرقة فارادت أن تنقل ولدها الى الكوفة لم يكن لها ذلك لانه اذا لم يقع النكاح في بلدها لم توجد دلالة الرضا بالمقام في بلدها فلم يكن راضيا بحضانة الولد فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق ولو أرادت أن تنقل الولد الى بلد ليس ذلك ببلدها ولكن وقع النكاح فيه كما اذا تزوج كوفية بالشام فنقلها الى البصرة فوقعت الفرقة بينهما فأرادت أن تنتقل بأولادها الى الشام ليس لها ذلك كذا ذكر في الاصل لان ذلك البلد الذي وقع فيه النكاح ليس ببلدها ولا بلد الزوج بل هو دار غربة لها كالبلد الذي فيه الزوج فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه فلم يكن راضيا بحضانة الولد الذي هو من ثمرات النكاح فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق فاعتبر في الاصل شرطين أحدهما أن يكون البلد الذي تريد ان تنقل اليه الولد بلدها والثاني وقوع النكاح فيه فما لم يوجد الا يثبت لها ولاية النقل وروى عن أبي يوسف ان لها ذلك واعتبر مكان العقد فقط واليه أشار محمد في الجامع الصغير فقال وانما أنظر في هذا الى عقدة النكاح أين وقعت وهكذا اعتبر الطحاوي والخصاف اتباعا لقول محمد في الجامع وهذا غير سديد لان محمدا وان أجمل المسئلة في الجامع فقد فصلها في الاصل على الوجه الذي وصفنا والمجمل يحمل على المفسر وقد يكون المفسر بيانا للمجمل كالنص

المجمل

المجمل من الكتاب والسنة اذا لحق به التفسير انه يصير مفسرا من الاصل كذا هذا والله عز وجل الموفق هذا اذا كانت المسافة بين البلدين بعيدة فان كانت قريبة بحيث يقدر الاب أن يزور ولده ويعود الى منزله قبل الليل فلها ذلك لانه لا يلحق الاب كبير ضرر بالنقل بمنزلة النقل الى أطراف البلد وأما أهل السواد فالحكم فى السواد كالحكم فى المصر فى جميع الفصول الا فى فصل واحد وبيانه ان النكاح اذا وقع فى الرستاق فارادت المرأة أن تنقل الصبى الى قريتها فان كان أصل النكاح وقع فيها فلها ذلك كما فى المصر لما قلنا وان كان وقع فى غيرها فليس لها نقله الى قريتها ولا الى القرية التى وقع فيها النكاح اذا كانت بعيدة لما ذكرنا فى المصر وان كانت قريبة على التفسير الذى ذكرنا فلها ذلك كما فى المصر وان كان الاب متوطنا فى المصر فارادت نقل الولد الى القرية فان كان تزوجها فيها وهى قريتها فلها ذلك وان كانت بعيدة عن المصر لما ذكرنا فى المصر وان لم تكن تلك قريتها فان كانت قريته ووقع فيها أصل النكاح فلها ذلك كما فى المصر وان كان لم يقع النكاح فيها فليس لها ذلك وان كانت قريبة من المصر بخلاف المصرين لان أخلاق أهل السواد لا تكون مثل أخلاق أهل المصر بل تكون أجفى فيتخلق الصبى باخلاقهم فيتضرر به ولم يوجد من الاب دليل الرضا بهذا الضرر اذ لم يقع أصل النكاح فى القرية والله عز وجل أعلم وليس للمرأة أن تنقل ولدها الى دار الحرب وان كان قد تزوجها هناك وكانت حربية بعد ان يكون زوجها مسلما أو ذميا لان فى ذلك اضرارا بالصبى لانه يتخلق باخلاق الكفرة فيتضرر به وان كان كلاهما حربيين فلها ذلك لان الصبى تبع لهما وهما من أهل دار الحرب والله عز وجل أعلم وهو الموفق

﴿كتاب الاعتاق﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى الاصل فى مواضع فى بيان أنواع الاعتاق وفى بيان ركن الاعتاق وفى بيان شرائط الركن وفى بيان صفة الاعتاق وفى بيان حكم الاعتاق وفى بيان وقت ثبوت حكمه وفى بيان ما يظهر به الاعتاق أما الاول فالاعتاق فى القسمة الاولى ينقسم الى أربعة أقسام واجب ومندوب اليه ومباح ومحظور أما الواجب فالاعتاق فى كفارة القتل والظهار واليمين والافطار الا انه فى باب القتل والظهار والافطار واجب على التعيين عند القدرة عليه وفى اليمين واجب على التخيير قال الله تعالى فى كفارة القتل والظهار فتحرير رقبة وفى كفارة اليمين أو تحرير رقبة وانه أمر بصيغة المصدر كقوله عز وجل فضرب الرقاب وقوله عز وجل والوالدات يرضعن أولادهن وقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ونحو ذلك وقال النبى صلى الله عليه وسلم فى كفارة الافطار أعتق رقبة وأما المندوب اليه فهو الاعتاق لوجه الله تعالى من غير ايجاب لان الشرع ندب الى ذلك لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أيما مؤمن أعتق مؤمنا فى الدنيا أعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار وعن واثلة بن الاسقع قال أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صاحب لنا قد أوجب فقال صلى الله عليه وسلم اعتقوا عنه يعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار وعن أبى نجيح السلمى قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالطائف فسمعته يقول من رمى بسهم فى سبيل الله فله درجة فى الجنة ومن شاب شيبة فى الاسلام كانت له نورا يوم القيامة وأيما رجل مسلم أعتق رجلا مسلما كان به وقاء كل عظم من عظام محرره من النار وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كان بها وقاء كل عظم من عظام محررتها من النار وعن البراء بن عازب قال جاء اعرابى الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله علمنى عملا يدخلنى الجنة فقال صلى الله عليه وسلم أعتق النسمة وفك الرقبة فقال أوليسا واحدا فقال صلى الله عليه وسلم لا عتق النسمة ان تنفرد بعتقها وفك الرقبة ان تعين فى فكها وفى بعض الروايات ان تعين فى ثمنها وأما المباح فهو الاعتاق من غير نية لوجود معنى الاباحة فيه وهى تخيير العاقل بين تحصيل الفعل وتركه شرعا وأما المحظور فهو ان يقول لعبده أنت حر لوجه الشيطان

و يقع العتق لوجود ركن الاعتاق وشرطه وقوله لوجه الشيطان لبيان الغرض وتقسمه أيضاً أقساماً أخر نذكرها فى مواضعها ان شاء الله تعالى.

﴿ فصل ﴾ وأما ركن الاعتاق فهو اللفظ الذى جعل دلالة على العتق فى الجملة أو ما يقوم مقام اللفظ فيحتاج فيه الى بيان الالفاظ التى يثبت بها العتق فى الجملة اما مع النية أو بدون النية والى بيان ما لا يثبت به العتق من الالفاظ رأسا أما الاول فالالفاظ التى يثبت بها العتق فى الجملة فتنقسم ثلاثة أقسام صريح وملحق بالصريح وكناية أما الصريح فهو اللفظ المشتق من العتق أو الحرية أو الولاء نحو قوله أعتقتك أو حررتك أو أنت عتيق أو معتق أو أنت مولاى لان الصريح فى اللغة اسم لما هو ظاهر المعنى مكشوف المراد عند السامع وهذه الالفاظ بهذه الصفة أما لفظ العتق والحرية فلا شك فيه لانه لا يستعمل الا فى العتق فكان ظاهر المراد عند السامع فكان صريحا فلا يفتقر الى النية كصريح الطلاق اذ النية لتعيين المحتمل وأما لفظ الولاء فالمولى وان كان من الالفاظ المشتركة فى الاصل لوقوعه على مسميات مختلفة الحدود والحقائق بمنزلة اسم العين والقرء وغيرهما فانه يقع على الناصر قال الله تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم و يقع على ابن العم قال الله تبارك وتعالى خبرا عن نبيه زكريا عليه الصلاة والسلام وانى خفت الموالى من ورائى و يقع على المعتق والمعتق لكن ههنا لا يحتمل معنى الناصر لان المولى لا يستنصر بعبده ولا ابن العم اذا كان العبد معروف النسب ولا المعتق اذ العبد لا يعتق مولاه فتعين المعتق مرادا به واللفظ المشترك يتعين بعض الوجوه الذى يحتمله مرادا به بدليل معين فكان صريحا فى العتق فلا يحتاج الى النية كقوله أنت حر أو عتيق وكذا اذا ذكر هذه الالفاظ بصيغة النداء بان قال يا حر يا عتيق يا معتق لانه ناداه بما هو صريح فى الدلالة على العتق لكون اللفظ موضوعا للعتق والحرية ولا يعتبر المعنى بالموضوعات فيثبت العتق من غير نية كقوله أنت حر أو عتيق أو معتق وذكر محمد انه لو كان اسم العبد حرا وعرف بذلك الاسم فقال له يا حر لا يعتق لانه اذا كان مسمى بذلك الاسم معروفا به لندائه يحمل على الاسم العلم لا على الصفة فلا يعتق وكذا اذا قال له يا مولاى يعتق عليه عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يعتق من غير نية وجه قوله ان قوله يا مولاى يحتمل التعظيم و يحتمل العتق فلا يحمل على التحقيق الا بالنية كقوله يا سيدى و يا مالكى ولنا ان النداء للعبد باسم المولى لا يراد به التعظيم للعبد وا كرامه عادة وانما يراد به الاعتاق فيحمل عليه كان قال أنت مولاى ولو قال ذلك يعتق عليه كذا هذا بخلاف قوله يا سيدى و يا مالكى لان هذا قد يذكر على وجه التعظيم والاكرام فلا يثبت به العتق من غير قرينة وعلل محمد لهذا فقال لانا انما أعتقناه فى قوله يا مولاى لاجل الولاء لا لاجل الملك ومعناه ما ذكرنا والله عز وجل أعلم ولو قال فى شئ من هذه الالفاظ من قوله أعتقتك أو نحوه عنيت به الخبر كذبا لا يصدق فى القضاء لعدوله عن الظاهر لانه يستعمل فى انشاء العتق فى عرف اللغة والشرع كما يستعمل فى الاخبار فان العرب قبل ورود الشرع كانوا يعتقون عبيدهم بهذه الصيغة وفى الحمل على الخبر حمل على الكذب وظاهر حال العاقل بخلافه فلا يصدق فى القضاء كما لو قال لامرأته طلقتك ونوى به الاخبار كذبا لا يصدق فى القضاء و يصدق به فيما بينه و بين الله عز وجل لانه نوى ما يحتمله كلامه لانه يحتمل الاخبار وان كان ارادته الخبر خلاف الظاهر ولو قال عنيت به انه كان خبرا فان كان موكدا لا يصدق أصلا لانه كذب محض وان كان انشاء لا يصدق قضاء لان الظاهر ارادة الانشاء من هذه الالفاظ فلا يصدق فى العدول عن الظاهر و يصدق ديانة لان اللفظ يحتمل الاخبار عن الماضى ولو قال أنت حر من عمل كذا أو أنت حر اليوم من هذا العمل عتق فى القضاء لان العتق بالنسبة الى الاعمال والازمان لا يتجزأ لاستحالة ان يعتق اليوم و يسترق غدا أو يعتق فى عمل و يرق فى عمل فكان الاعتاق فى عمل دون عمل وفى زمان دون زمان اعتاقا من الاعمال كلها وفى ...ن بأسرها فاذا نوى بعض الاعمال والازمان فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى وكذا اذا قال أنت مولاى وقال عنيت به الموالاة فى الدين لا يصدق فى القضاء لانه خلاف الظاهر اذ هو يستعمل لولاء العتق ظاهرا

و يصدق

و يصدق ديانة لان اللفظ يحتمل ما نوى ولو قال ما أنت الا حر عتق لان قوله ما أنت الا حر آكد من قوله أنت حر لانه اثبات بعد النفى كقولنا لا اله الا الله ولو قال أنت حر لوجه الله تعالى عتق لان اللام فى قوله لوجه الله تعالى لام الغرض فقد نجز الحرية و بين ان غرضه من التحرير وجه الله عز وجل وكذا لو قال لعبده أنت حر لوجه الشيطان عتق ذكره محمد فى الاصل لانه أعتقه بقوله أنت حر و بين غرضه الفاسد من الاعتاق فلا يقدح فى العتق ولو دعى عبده سالما فقال يا سالم فأجابه مرزوق فقال أنت حر ولا نية له عتق الذى أجابه لان قوله أنت حر خطاب والمتكلم أولى بصرف الخطاب اليه من الساكت ولو قال عنيت سالما عتقا فى القضاء أما مرزوق فلان الاشارة مصروفة اليه لما بينا فلا يصدق فى انه ما عناه وأما سالم فباقراره وأما فيما بينه و بين الله تعالى فانما يعتق الذى عناه خاصة لان الله تعالى يطلع على سره ولو قال يا سالم أنت حر فاذا هو عبد آخر له أو لغيره عتق سالم لانه لا مخاطب ههنا الا سالم فيصرف قوله أنت حر اليه والله عز وجل أعلم وأما الذى هو ملحق بالصريح فهو ان يقول لعبده وهبت لك نفسك أو وهبت نفسك منك أو بعت نفسك منك و يعتق سواء قبل أو لم يقبل نوى أو لم ينو لان الايجاب من الواهب أو البائع ازالة الملك من الموهوب أو المبيع وانما الحاجة الى القبول من الموهوب له والمشترى لثبوت الملك لهما وههنا لا يثبت للعبد فى نفسه لانه لا يصلح مملوكا لنفسه فتبقى الهبة والبيع ازالة الملك عن الرقيق لا الى أحد وهذا معنى الاعتاق ولهذا لا يفتقر الى القبول فلا يحتاج الى النية أيضا لان اللفظ صريح فى الدلالة على زوال الملك عن الموهوب والمبيع والاعتاق ازالة الملك وقد قال أبو حنيفة اذا قال لعبده وهبت لك نفسك وقال أردت وهبت له عتقه أى لا أعتقه لم يصدق فى القضاء لان الهبة وضعت لازالة الملك عن الموهوب وهبة العتق استبقاء الملك على الموهوب فقد عدل عن ظاهر الكلام فلا يصدق فى القضاء و يصدق فيما بينه و بين الله عز وجل لانه نوى ما يحتمله كلامه و روى عن أبى يوسف فيمن قال لعبده أنت مولى فلان أو عتيق فلان انه يعتق فى القضاء لانه أخبر انه معتق فلان ولا يكون معتق فلان الا وان يكون مملوكا لفلان فاعتقه فان أعتقك فلان فليس بشئ لان قوله أعتقك فلان يحتمل انه أراد أن فلانا أنشأ العتق فيك ولا يكون ذلك الا بعد الملك و يحتمل انه أراد به انه قال لك للحال أنت حر ولا ملك له فيه فلا يعتق بالشك والله عز وجل أعلم ومن هذا القبيل اذا اشترى أباه أو أمه أو ابنه عتق عليه نوى أو لم ينو عند عامة العلماء لان شراءه جعل اعتاقا شرعا حتى تتأدى به الكفارة اذا اشترى أباه ناويا عن الكفارة فى قول أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر والشافعى وعند مالك لا يعتق الا باعتاق مبتدأ والاصل ان كل من يملك ذا رحم محرم منه بالشراء أو بقبول الهبة أو الصدقة أو الوصية أو بالارث يعتق عليه وقال مالك لا يعتق ما لم يعتقه وقال الشافعى لا يعتق بالملك الا من له ولاد فاما من لا ولاد له فلا يعتق الا باعتاق مبتدأ أما مالك فانه احتج بما روى أبو داود فى سننه باسناده عن أبى هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه حقق صلى الله عليه وسلم الاعتاق عقيب الشراء ولو كان الشراء نفسه اعتاقا لم يتحقق الاعتاق عقيبه لان اعتاق المعتق لا يتصور فدل ان شراء القريب ليس باعتاق ولان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالة الملك و بينهما منافاة فكيف يكون اللفظ الواحد اثباتا وازالة ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انى دخلت السوق فوجدت أخى يباع فاشتريته وأنا أريد أن أعتقه فقال له صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى قد أعتقه والحديثان حجة على مالك والشافعى ومعنى قول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث أبى هريرة فتعتقه أى تعتقه بالشراء يحمل على هذا عملا بالاحاديث كلها صيانة لها عن التناقض واما قوله الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالة الملك فنعم ولكن الممتنع اثبات حكم وضده بلفظ واحد فى زمان واحد وأما فى زمانين فلا لان علل الشرع فى الحقيقة دلائل واعلام على الحكومات الشرعية فيجوز ان يكون لفظ الشراء السابق علما على ثبوت الملك فى الزمان الاول وذلك اللفظ بعينه علما على ثبوت العتق فى الزمان الثانى اذ لا تنافى عند اختلاف الزمان وأما

الكلام مع الشافعي فمبنى على ان القرابة المحرمة للنكاح فيما سوى الولاد وهي قرابة الاخوة والعمومة والخؤولة حرام القطع عندنا وعنده لا يحرم قطعها وعلى هذا يبنى وجوب القطع بالسرقة ووجوب النفقة فى هذه القرابة انه لا يقطع ويجب النفقة عندنا خلافا له ولا خلاف فى ان قرابة الولاد حرام القطع ولا خلاف أيضا فى ان القرابة التى لا تحرم النكاح كقرابة بنى الاعمام غير محرمة القطع فالشافعي يلحق هذه القرابة بقرابة بنى الاعمام ونحن نلحقها بقرابة الولاد ووجه قوله ان العتق انما يثبت بالقرابة لكون العتق صلة وكون القرابة مستدعية للصلة والاحسان الى القريب والعتق من أعلى الصلات فلا يثبت الا بأعلى القرابات وهى قرابة الولاد لما فيها من الجزئية والبعضية ولا يوجد ذلك فى هذه القرابة فلا يلحق بها بل يلحق بالقرابة البعيدة وهى قرابة بنى الاعمام ولهذا الحق بها فى كثير من الاحكام وهى جريان القصاص فى النفس والطرف وقبول الشهادة والحبس بالدين وجواز الاستئجار ونكاح الحليلة وعدم التكاتب ولنا ان قرابة الولاد انما أوجبت العتق عند الملك لكونها محرمة القطع وابقاء الملك فى القريب يفضى الى قطع الرحم لان الملك نفسه من باب الذل والهوان فيورث وحشة وانها توجب التباعد بين القريبين وهو تفسير قطيعة الرحم وشرع السبب المفضى الى القطع مع تحريم القطع متناقض فلا يبقى الملك دفعا للتناقض فلا يبقى الرق ضرورة لانه لم يشرع بقاؤه فى المسلم والذمى الا لاجل الملك المحترم للمالك المعصوم واذا زال الرق ثبت العتق ضرورة والقرابة المحرمة للنكاح محرمة القطع لان النصوص المقتضية لحرمة قطع الرحم عامة أو مطلقة قال الله تبارك وتعالى واتقوا الله الذى تساءلون به والارحام معناه واتقوا الله الذى تساءلون به فلا تعصوه واتقوا الارحام فلا تقطعوها ويحتمل ان يكون معناه واتقوا الله وصلوا الارحام وقد روى فى الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال صلوا الارحام فانه أبقى لكم فى الدنيا وخير لكم فى الآخرة والامر بالوصل يكون نهيا عن القطع لانه ضده والامر بالفعل نهى عن ضده وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الرحم شجنة من الله تعالى معلقة بالعرش تقول يارب هذا مقام العائذ بك قطعت ولم أوصل فيقول الله تبارك وتعالى أما يكفيك انى شققت لك اسما من اسمى أنا الرحمن وأنت الرحم فمن وصلك وصلته ومن قطعك بتته ومثل هذا الوعيد لا يكون الا بارتكاب المحرم فدل ان قطع الرحم حرام والرحم هو القرابة سميت القرابة رحما اما باعتبار ان الرحم مشتق من الرحمة كما جاء فى الحديث والقرابة سبب الرحمة والشفقة على القريب طبعا واما باعتبار العضو المخصوص من النساء المسمى بالرحم محل السبب الذى يتعلق به وجود القرابات فكان كل قرابة أو مطلق القرابة محرمة القطع بظاهر النصوص الا ما خص أو قيد بدليل ثم نخرج الاحكام أما جريان القصاص فلا يفضى الى قطع الرحم لان القصاص جزاء الفعل وجزاء الفعل يضاف الى الفاعل فكان الاخ القاتل أو القاطع هو قاطع الرحم فكأنه قتل نفسه أو قطع طرفه باختياره وكذا الحبس بالدين لانه جزاء المطل الذى هو جناية فكان مضافا اليه وأما الاجارة فهى عقد معاوضة وهو تمليك المنفعة بالمال وانه حصل باختياره فلا يفضى الى القطع الا انه لا يجوز استئجار الاب ابنه فى الخدمة التى يحتاج اليها الاب لا لانه يفضى الى قطيعة الرحم بل لان ذلك يستحق على الابن شرعا فلا يجوز ان يستحق الاجر فى مقابلته فلا يدخل فى العقد ولو استأجر الابن أباه يصح ولكن يفسخ احتراما للاب ونحن نسلم ان للاب زيادة احترام شرعا يظهر فى حق هذا وفى حق القصاص والحبس ولا كلام فيه وأما نكاح الحليلة فانه وان كان فيه نوع غضاضة لكن هذا النوع من الغضاضة غير معتبر فى تحريم القطع فلان الجمع بين الاختين حرم للصيانة عن قطيعة الرحم ثم يجوز نكاح الاخت بعد طلاق أختها وانقضاء عدتها وان كان لا يخلو عن نوع غضاضة وأما التكاتب فعند أبى يوسف ومحمد يتكاتب الاخ كما فى قرابة الولاد وعن أبى حنيفة فيه روايتان ثم نقول عدم تكاتب الاخ لا يفضى الى قطيعة الرحم لان ملكه لا يصلح للتكاتب لانه من باب الصلة والتبرع وملك المكاتب ملك ضرورى لا يظهر فى حق التبرع والعتق فاذا لم يتكاتب عليه لم يقدر الاخ على ازالة الذل عنه وهو الملك فلا يفضى الى الغضاضة بخلاف الولد لان ملك المكاتب وان كان ضروريا لم يشرع الا فى حق حرية نفسه لكن

حرية

حرية أبيه وابنه فى معنى حرية نفسه لان المرء يسعى لحرية أولاده وآبائه مثل ما يسعى لحرية نفسه فهو الفرق والله عز وجل أعلم وسواء كان المالك لذى الرحم المحرم بالغا أو صبيا عاقلا أو مجنونا يعتق عليه اذا ملكه لعموم قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر ولانه علق الحكم وهو الحرية بالملك فيقتضى ان كل من كان من أهل الملك كان من أهل هذا الحكم والصبى والمجنون من أهل الملك فكانا من أهل هذا الحكم فان قيل ان الصبى العاقل اذا اشترى أباه يعتق عليه وشراء القريب اعتاق عند أصحابنا حتى تتأدى به الكفارة والصبى وان كان عاقلا فليس من أهل الاعتاق فينبغى ان لا يعتق أولا يكون الشراء اعتاقا قيل ان كون شراء الاب اعتاقا عرفناه بالنص وهو ما رويناه من حديث أبى هريرة رضى الله عنه والنص قابل للتخصيص والتقييد وقد قام الدليل على ان الصبى ليس بمراد لانه ليس من أهل الاعتاق فلا يكون الشراء من الصبى وان كان عاقلا اعتاقا بل يكون تمليكا فقط فيعتق عليه بالملك شرعا لقول النبى صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر لا بالاعتاق ولو ملك حليلة ابنه أو منكوحة أبيه أو أمه من الرضاع لا يعتق عليه وكذا اذا ملك ابن العم أو العمة أو ابنتها أو ابن الخال أو الخالة أو بنتهما لا يعتق لان شرط العتق ملك ذى رحم محرم فلا بد من وجودهما أعنى الرحم المحرم ففى الاول وجد المحرم بلا رحم وفى الثانى وجد الرحم بلا محرم فلا يثبت العتق وأهل الاسلام وأهل الذمة فى ذلك سواء لاستوائهم فى حرمة قطع الرحم وأهلية الاعتاق وأهلية الملك ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم فهو حر وولاء المعتق لمن عتق عليه لان العتق ان وقع بالشراء فالشراء اعتاق وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وان وقع بالملك شرعا فالملك للمعتق عليه فكان الولاء له ولو اشترى أمة وهى حبلى من أبيه والامة لغير الاب جاز الشراء وعتق ما فى بطنها ولا تعتق الامة ولا يجوز بيعها قبل ان تضع وله ان يبيعها اذا وضعت أما جواز الشراء فلا شك فيه لان شراء الاخ جائز كشراء الاب وسائر ذوى الرحم المحرم وأما عتق الحمل فلانه أخوه وقد ملكه فيعتق عليه ولا تعتق الام عليه لانها أجنبية عنه لعدم القرابة بينهما بحققه انه لو ملكها أبوه لا تعتق عليه فابنه أولى وأما عدم جواز بيعها ما دام الحمل قائما فلان فى بطنها ولدا حرا ولان بيع الحامل بدون الحمل لا يجوز ألا ترى انه لو باعها واستثنى الحمل يفسد البيع فاذا كان الولد حرا والحر لا يكون محلا للبيع يصير كانه استثنى الولد واذا وضعت جاز بيعها لان المانع قد زال واذا ملك شقصا من ذى رحم محرم منه عتق عليه قدر ما ملك فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد وزفر يعتق كله كما لو اعتق شقصا من عبد له أجنبى لان العتق يتجزأ عنده وعندهم لا يتجزأ ولو ملك رجلان ذا رحم محرم من أحدهما حتى عتق عليه فهذا لا يخلو اما ان ملكاه بسبب لهما فيه صنيع واما ان ملكاه بسبب لا صنيع لهما فيه فان ملكاه بسبب لهما فيه صنع بان ملكاه بالشراء أو بقبول الهبة أو الصدقة أو الوصية لا يضمن من عتق عليه لشريكه شيأ موسرا كان أو معسرا فى قول أبى حنيفة ولكن يسعى له العبد فى نصيبه وعند أبى يوسف ومحمد يضمن الذى عتق عليه نصيبه ان كان موسرا وعلى هذا الخلاف اذا باع رجل نصف عبده ممن ذى رحم محرم من عبده أو وهبه له حتى عتق عليه لا يضمن المشترى نصيب البائع عند أبى حنيفة موسرا كان القريب أو معسرا ولكن يسعى العبد فى نصف قيمته للبائع وعندهما يضمن ان كان موسرا وان كان معسرا يسعى العبد ولو قال الرجل لعبد ليس بقريب له ان ملكته فهو حر ثم اشتراه الحالف وغيره صفقة واحدة ذكر الجصاص أنه على هذا الخلاف أنه لا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة وعندهما يضمن وذكر الكرخى أنى لا أعرف الرواية فى هذه المسئلة واجمعوا على أن العبد اذا كان بين اثنين فباع أحدهما نصيبه من قريب العبد حتى عتق عليه أن المشترى يضمن نصيب الشريك الساكت ان كان موسرا ولا يضمن البائع شيأ والكلام فى هذه المسائل بناء على أن الاعتاق يتجزأ عند أبى حنيفة وعندهما لا يتجزأ ووجه البناء على هذا الاصل ان الاعتاق لما لم يكن متجزئا عندهما وشراء القريب اعتاق فكان شراء نصيبه اعتاقا لنصيبه واعتاق نصيبه اعتاق لنصيب صاحبه فيعتق كله كالعبد المشترك بين اثنين اعتقه أحدهما وهو موسر ولما كان متجزئا عنده كان شراء نصيبه

اعتاقا لنصيبه خاصة فلم يكن افسادا لنصيب شريكه ولا تمليكا لنصيبه أيضا لان ذلك ثبت لضرورة تكميل الاعتاق لضرورة عدم التجزئة فاذا كان متجزئا عنده فلا ضرورة الى التكميل فلا حاجة الى التمليك والدليل عليه أنه لا ضمان اذا كان معسرا وضمان الاتلاف والتمليك لا يسقط بالاعسار وكان ينبغي أن لا يجب الضمان على الشريك المعتق الا انا عرفنا وجوب الضمان ثمة مخالفا للاصول بالنص نظرا للشريك الساكت وهو مستحق للنظر اذ لم يوجد منه الرضا بمباشرة الاعتاق من الشريك ولا بمباشرة شرطه وههنا وجد لان كل واحد من المشتريين راض بشراء صاحبه وكيف لا يكون راضيا به وأن شراء كل واحد منهما شرط لصحة شراء صاحبه حتى لو أوجب البائع لهما فقبل أحدهما دون صاحبه لم يصح وكذا البائع نصف عبده من ذى رحم محرم راض بشرائه ومن رضى بالضرر لا ينظر له فلم تكن هذه المواضع نظير المنصوص عليه فبقى الحكم فيها على الاصل بخلاف العبد المشترك بين اثنين باع أحدهما نصيبه من ذى رحم محرم منه لان هناك لم يوجد دليل الرضا من الشريك الساكت بشراء القريب أصلا حتى يوجب سقوط حقه فى الضمان فكان فى معنى المنصوص عليه فيلحق به ثم وجه الكلام لابى حنيفة على طريق الابتداء أنه وان سلم أن شراء نصيبه اعتاق لنصيبه وافساد لنصيب شريكه لكن هذا افساد مرضى به من جهة الشريك لانه رضى بشراء نفسه واثبات الملك له فى نصيبه ولا يمكنه ذلك بدون شراء صاحبه لان الخلاف فيما اذا أوجب البائع البيع لهما صفقة واحدة فلا بد وأن يكون القبول موافقا للايجاب اذ البائع ما رضى الا به ألا ترى أنه لو قال بعت منكما فقبل أحدهما ولم يقبل الآخر لم يصح البيع فكان الرضا بشراء نفسه رضا بشراء صاحبه فكان شراء القريب افساد النصيب الشريك برضا الشريك فلا يوجب الضمان كما اذا كان العبد مشتركا بين اثنين فقال أحدهما لصاحبه اعتق نصيبك أو رضيت باعتاق نصيبك فاعتق لا يضمن كذا هذا فان قيل هذه النكتة لا تمشى فى الهبة فان أحدهما اذا قبل الهبة دون الآخر يثبت له الملك فلم يكن الرضا بقبول الهبة فى نصيبه رضا بقبول صاحبه فلم يكن هذا افسادا مرضيا به من جهة الشريك وكذا لا تمشى فيما اذا لم يعلم الشريك الاجنبي أن شريكه قريب العبد لانه اذا لم يعلم به لم يعلم كون شراء الشريك اعتاقا لنصيبه فلا يعلم كونه افسادا لنصيب شريكه فلا يثبت رضاه بالافساد لان الرضا بالشئ بدون العلم به محال فالجواب أن هذا من باب عكس العلة لانه أراه الحكم مع عدم العلة وهذا تفسير العكس والعكس ليس بشرط فى العلل الشرعية لجواز أن يكون لحكم واحد شرعى علل فنحن نفينا وجوب الضمان فى بعض الصور بما ذكرنا ونبقيه فى غيره بعلة أخرى ثم نقول أما فصل الهبة فنقول كل واحد منهما وان لم يكن قبوله شرط صحة قبول الآخر حتى ينفرد كل واحد منهما بالقبول لكنهما اذا قبلا جميعا كان قبولهما بمنزلة شئ واحد لانه جواب ايجاب واحد مثاله اذا قرأ المصلى آية واحدة قصيرة أو طويلة على الاختلاف يتعلق به الجواز ولو قرأ عشر آيات أو أكثر يتعلق الجواز بالكل ويجعل الكل كآية واحدة كذا هذا وأما فصل العلم فنتخرجه على جواب ظاهر الرواية وهو أن عند أبى حنيفة لا يجب الضمان سواء علم أو لم يعلم وعندهما يجب علم أو لم يعلم نص عليه فى الجامع الصغير اما على أصلهما فظاهر لان الضمان عندهما يجب مع العلم فمع الجهل أولى وأما على أصل أبى حنيفة فلان سقوط ضمان الاتلاف عند الاذن والرضا به لا يقف على العلم فان من قال لرجل كل هذا الطعام والآذن لا يعلم أنه طعام نفسه فأكله الرجل لا يستحق الضمان عليه وان لم يعلم به وهذا لان حقيقة العلم ليست بشرط فى بناء الاحكام عليها بل المعتبر هو سبب حصول العلم والطريق الموصل اليه ويقام ذلك مقام حقيقة العلم كما يقام سبب القدرة مقام حقيقة القدرة وطريق حصول العلم ههنا فى يده وهو السؤال والفحص عن حقيقة الحال فاذا لم يفعل فقد قصر فلا يستحق الضمان وروى بشر عن أبى يوسف أنه فصل بين العلم والجهل فقال ان كان الاجنبي يعرف ذلك فان العبد يعتق ويسعى للاجنبي فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وان كان لا يعلم فهو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء تم عليه وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ووجه هذه الرواية ان الشراء مع شركة الاب عيب فكان بمنزلة سائر العيوب أنه ان علم به المشترى يلزمه البيع كما فى سائر العيوب وان لم يعلم به لم يلزمه مع العيب واذا لم يلزمه العقد

فى

فى حق أحد الشريكين لم يلزم فى حق الآخر فلا يعتق العبد و يثبت للمشترى حق الفسخ وذكر فى الجامع الصغير لو اشترى رجل نصف عبد ثم اشترى أب العبد النصف الباقى وهو موسر فالمشترى بالخيار بمنزلة عبد بين اثنين اعتقه أحدهما فالمشترى بالخيار لانه لم يوجد من المشترى الاجنبى ماهو دليل الرضا فى سقوط الضمان عن الاب فلا يسقط وروى عن أبى يوسف أنه قال لو أن عبدا اشترى نفسه هو وأجنبى من مولاه فالبيع باطل فى حصة الاجنبى لانه اجتمع العتق والبيع فى عقد واحد فى زمان واحد لان بيع نفس العبد منه اعتاق على مال. فلا يصح البيع بخلاف الرجلين اشتريا ابن أحدهما أنه يصح وان اجتمع الشراء والعتق فى عقد واحد لان شراء القريب تملك فى الزمان الاول واعتاق فى الزمان الثانى وأنه جائز لما بينا وروى عن أبى يوسف أنه قال اذا قال ان ملكت من هذا العبد شيأ فهو حر ثم اشتراه الحالف وأبوه صفقة واحدة عتق على الاب وهذا على أصله لان العتق عنده لا يتجزأ وقد اجتمع للعتق سببان القرابة واليمين الا أن القرابة سابقة على اليمين فاذا ملكاه صار كان عتق الاب أسبق فيعتق النصيبان عليه ولهذا قال فى رجل قال ان اشتريت فلانا أو بعضه فهو حر فادعى رجل آخر أن ابنه ثم اشترياه عتق عليهما ونصف ولائه للذى أعتقه وهو ابن للذى ادعاه لان النسب ههنا لم يسبق اليمين فيعتق نصيب كل واحد منهما عليه وولاؤه بينهما لانه عتق عليهما والولاء للمعتق وان ملك اثنان ذا رحم محرم من أحدهما بسبب لاصنع لهما فيه بان ورثا عبدا وهو قريب أحدهما حتى عتق عليه لا يضمن نصيب شريكه موسرا كان أو معسرا ولكن يسعى العبد فى نصف قيمته لشريكه فى قولهم جميعا لان العتق ههنا ثبت بالملك شرعا من غير اعتاق من جهة أحد من العباد اذ لا صنع لاحد من العباد فى الارث ووجوب الضمان على المرء يعتمد شرعا صنعا من جهته ولم يوجد من القريب فلا يضمن والله الموفق ومن هذا القبيل ألفاظ النسب وذكرها لا يخلو اما أن يكون على وجه الصفة واما أن يكون على سبيل الفداء فان ذكرها على طريق الصفة بان قال لمملوكه هذا ابنى فهو لا يخلو اما ان كان يصلح ابناله بان كان يولد مثله لمثله واما ان كان لا يصلح ولا يخلو اما ان كان مجهول النسب أو معروف النسب من الغير فان كان يصلح ابناله فان كان مجهول النسب يثبت النسب والعتق بالاجماع وان كان معروف النسب من الغير لا يثبت النسب بلا شك ولكن يثبت العتق عندنا وعند الشافعى لا يثبت العتق والاصل عنده أن العتق بناء على النسب فان ثبت النسب ثبت العتق والا فلا وان كان لا يصلح ابناله فلا يثبت النسب بلاشك وهل يعتق قال أبو حنيفة يعتق سواء كان مجهول النسب أو معروف النسب وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق والاصل عندهما أن العتق مبنى على تصور النسب واحتمال ثبوته فان تصور ثبوته ثبت العتق والا فلا والاصل عند أبى حنيفة أن ثبوت العتق لا يقف على ثبوت النسب ولا على تصور ثبوته وكذلك لو قال لمملوكته هذه بنتى فهو على هذا التفصيل والاتفاق والاختلاف الذى ذكرنا فى الابن وجه قولهم أن العتق لو ثبت لا يخلو اما ان ثبت ابتداء أو بناء على ثبوت النسب لا وجه للاول لانه لم يوجد الاعتاق ابتداء ولا سبيل للثانى أما عند الشافعى فلان النسب لم يثبت فى المسئلتين جميعا فلا يثبت العتق بناء عليه وأما عندهما فلان فى المسئلة الثانية لا يتصور ثبوت النسب فلا يثبت العتق وفى المسئلة الاولى يتصور ثبوت النسب منه حقيقة بالزنا والاشتهار من غيره بناء على النسب الظاهر فيعتق ولابى حنيفة أن كلام العاقل المتدين يحمل على الصحة والسداد ما أمكن لاعتبار عقله ودينه دلالة وأمكن تصحيح هذا الكلام من وجهين الكناية والمجاز أما الكناية فلوجود طريق الكناية فى اللغة وهو الملازمة بين الشيئين أو المجاورة بينهما غالبا على وجه يكون بينهما تعلق الوجود به أو عنده أو تعلق البقاء وتكون الكناية كالتابع للمكنى والمكنى هو المقصود فيترك اسم الاصل صريحا ويكنى عنه باسم الملازم اياه التابع له كما فى قوله عز وجل أو جاء أحد منكم من الغائط والغائط اسم للمكان الخالى المطئن من الارض كنى به عن الحدث للملازمة بين هذا المكان و بين الحدث غالبا وعادة اذ العادة ان الحدث يوجد فى مثل هذا المكان تسترا عن الناس وكذا الاستنجاء والاستجمار كناية عن تطهير موضع الحدث اذ الاستنجاء طلب النجو والاستجمار طلب الجمار

وكذا العرب تقول مازلنا نطأ السماء حتى أتيناكم أى نطأ المطر اذ المطر ينزل من السماء ونحو ذلك من مواضع الاستعمال والبنوة فى الملك ملازمة للحرية فجاز ان يكنى بقوله هذا ابنى عن قوله هذا معتق وذكر الصريح والكناية فى الكلام سواء ولو صرح فقال هذا معتق عتق فكذا اذا كنى به وأما المجاز فلان من طرقه المشابهة بين الذاتين فى المعنى الملازم المشهور فى محل الحقيقة فيطلق اسم المستعار عنه على المستعار له لاظهار المعنى الذى هو ظاهر فى المستعار عنه خفى فى المستعار له كما فى الاسد مع الشجاع والحمار مع البليد ونحو ذلك وقد وجد هذا الطريق ههنا من وجهين أحدهما ان الابن فى اللغة اسم للمخلوق من ماء الذكر والانثى وفيه معنى ظاهر لازم وهو كونه منعما عليه من جهة الاب بالاحياء لاكتساب سبب وجوده وبقائه بالتربية والمعتق منعم عليه من جهة المعتق اذ الاعتاق انعام على المعتق وقال الله عز وجل واذ تقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه قيل فى التفسير أنعم الله تعالى عليه بالاسلام وأنعمت عليه بالاعتاق فكان بينهما مشابهة فى هذا المعنى وأنه معنى لازم مشهور فيجوز اطلاق اسم الابن على المعتق مجاز الاظهار نعمة العتق كاطلاق اسم الاسد على الشجاع والحمار على البليد والثانى ان بين معتق الرجل وبين ابنه الداخل فى ملكه مشابهة فى معنى الحرية وهو معنى لازم للابن الداخل فى ملكه بحيث لا ينفك عنه وانه مشهور فيه فوجد طريق الاستعارة فصحت الاستعارة وقد خرج الجواب عن قولهم ان العتق اما ان ثبت ابتداء أو بناء على النسب لانا نقول ابتداء لكن باحد الطريقين وهو الكناية أو المجاز على ما بينا ولا يلزم على أبى حنيفة ما اذا قال لامرأته هذه بنتى ومثله لا يلد مثلها انه لا تقع الفرقة بينهما لان اقراره بكونها بنتاله نفى النكاح لاجل النسب وههنا لم يثبت النسب فلا ينتفى النكاح فاما ثبوت العتق فليس يقف على ثبوت النسب والدليل على التفرقة بين المسئلتين انه لو قال لزوجته وهى معروفة النسب من الغير هذه بنتى لم تقع الفرقة ولو قال لامته هذه بنتى وهى معروفة النسب تعتق وما افترقا الا لما قلنا وكذا لو قال لزوجته هذه بنتى وهى تصلح بنتاله ثم قال أوهمت أو أخطأت لا تقع الفرقة ولو قال لامته هذه بنتى وهى تصلح بنتاله ثم قال أوهمت أو أخطأت يقع العتق فدل على التفرقة بينهما وكذلك لو قال هذا أبى فان كان يصلح أباله وليس للقائل أب معروف يثبت النسب والعتق بلا خلاف وان كان يصلح أباله ولكن للقائل أب معروف لا يثبت النسب ويعتق عندنا خلافا للشافعى وان كان لا يصلح أباله لا يثبت النسب بلا شك ولكن يعتق عند أبى حنيفة وعندهما لا يعتق وكذلك لو قال هذه أمى فالكلام فيه كالكلام فى الاب وأما الكلام فى الحرية بان كان المملوك أمة ففى كل موضع يثبت النسب تثبت الحرية والا فلا ولو قال لعبده هذه بنتى أو قال لامته هذا ابنى اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يعتق وقال بعضهم لا يعتق ولو قال لمملوكه هذا عمى أو خالى يعتق بلا خلاف بين أصحابنا ولو قال هذا أخى أو أختى ذكر فى الاصل انه لا يعتق بخلاف قوله هذا ابنى أو أبى أو عمى أو خالى وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يعتق كما فى قوله عمى أو خالى ووجه هذه الرواية انه وصف مملوكه بصفة من يعتق عليه اذا ملكه فيعتق عليه كما اذا قال هذا عمى أو خالى ووجه رواية الاصل ان قوله هذا أخى يحتمل تحقيق العتق ويحتمل الاكرام والتخفى به لانه يستعمل فى ذلك عرفا وشرعا قال الله تعالى فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم فلا يحمل على العتق من غير نية بخلاف اسم الخال والعم فانه لا يستعمل فى الاكرام عرفا وعادة فلا يقال هذا خالى أو عمى على ارادة الاكرام فكان ذكره للتحقيق وبخلاف قوله هذا ابنى أو هذا أبى لانه لا يستعمل فى الاكرام عرفا وشرعا وقد منع الشرع من ذلك قال الله تعالى وما جعل أدعياءكم أبناءكم وقال سبحانه وتعالى أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم وروى أنهم كانوا يسمون زيد بن حارثة زيد بن محمد فنزل قوله تعالى ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين فكفوا عن ذلك وان لم يكن مستعملا فى الاكرام يحمل على التحقيق وأما النداء فهو ان يقول يا ابنى يا أبى يا بنتى يا أمى يا خالى يا عمى أو يا أختى أو يا أخى على رواية الحسن لا يعتق فى هذه الفصول لان الغرض بذكر اسم النداء هو استحضار المنادى لا تحقيق معنى الاسم فيه الا اذا كان الاسم موضوعا له على ما بينا

فاحتمل

فاحتمل انه أراد به النداء على طريق الاكرام دون تحقيق العتق فلا يحمل على العتق من غير نية ولو قال لعبده يا ابن أو لامته يا ابنة لا يعتق لعدم الاضافة الى نفسه ولو قال يا ابني أو يا ابنية يعتق لوجود الاضافة وأما الكناية فنحو قوله لا سبيل لى عليك أو لا ملك لى عليك أو خليت سبيلك أو خرجت من ملكى فان نوى العتق يعتق والا فلا لان كل واحدة من هذه الالفاظ يحتمل العتق و يحتمل غيره فان قوله لا سبيل لى عليك يحتمل سبيل اللوم والعقوبة أى ليس لى عليك سبيل اللوم والعقوبة لوفائك بالخدمة والطاعة و يحتمل لا سبيل لى عليك لانى كاتبتك فزالت يدى عنك و يحتمل لا سبيل لى عليك لانى أعتقتك فلا يحمل على العتق الا بالنية و يصدق اذا قال عنيت به غير العتق الا اذا قال لا سبيل لى عليك الا سبيل الولاء فانه يعتق فى القضاء ولا يصدق انه أراد به غير العتق لانه نفى كل سبيل وأثبت سبيل الولاء واطلاق الولاء يراد به ولاء العتق وذلك لا يكون الا بعد العتق ولو قال الا سبيل الموالاة دين فى القضاء لان مطلق الموالاة يراد بها الموالاة فى الدين أو يستعمل فى ولاء الدين وولاء العتق فاى ذلك نوى يصدق فى القضاء وقوله لا ملك لى عليك يحتمل ملك اليد أى كاتبتك فزالت يدى عنك و يحتمل لا ملك لى عليك لانى بعتك و يحتمل لا ملك لى عليك لانى أعتقتك فتقف على النية وقوله خليت سبيلك يحتمل سبيل الاستخدام أى لا أستخدمك و يحتمل أعتقتك ولو قال له أمرك بيدك أو قال له اختر وقف على النية لانه يحتمل العتق وغيره فكان كناية ولو قال له أمر عتقك بيدك او جعلت عتقك فى يدك أو قال له اختر العتق أو خيرتك فى عتقك أو فى العتق لا يحتاج فيه الى النية لانه صريح ولكن لا بد من اختيار العبد العتق و يقف على المجلس لانه تمليك وقوله خرجت عن ملكى يحتمل ملك التصرف فيكون بمعنى كاتبتك و يحتمل اعتقتك ولو قال لمملوكه نسبك حر او أصلك حر فان كان يعلم أنه سبى لا يعتق وان لم يكن سبى يعتق لان الاصل ان حرية الابوين تقتضى حرية الولد لان المتولد من الحرين يكون حرا الا ان حرية المسبى بطلت بالسبى فبقى الحكم فى غير المسبى على الاصل ولو قال لعبده أنت لله تعالى لم يعتق فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ان نوى العتق يعتق وجه قوله ان قوله لله تعالى يحتمل ان يكون بيان جهة القربة للاعتاق المحذوف فاذا نوى العتق يعتق كما لو قال أنت حر لله ولابى حنيفة ان الاعتاق اثبات صفة للمملوك لم تكن ثابتة قبل الاعتاق لانه اثبات العتق ولم يوجد لان كونه لله تعالى كان ثابتا قبل الاعتاق فلم يكن ذلك اعتاقا فلا يعتق ولو قال له أنت عبد الله لم يعتق بلا خلاف أما على قول أبى حنيفة فظاهر لما ذكرنا ان الاعتاق انشاء العتق فيقتضى ان لا يكون ثابتا قبله وكونه عبد الله صفة ثابتة له قبل هذه المقالة وأما على قول أبى يوسف فلان قوله عبد الله لا يحتمل ان يكون جهة القربة للاعتاق وقوله لله تعالى يحتمل ذلك وروى عن أبى يوسف انه قال اذا قال لعبده قد جعلتك لله تعالى فى صحته أو مرضه وقال لم أنو العتق ولم يقل شيأ حتى مات قبل ان يبين لا يعتق وان نوى العتق عتق وكذلك اذا قال هذا فى مرضه فمات قبل ان يبين فهو عبد أيضا لانه يحتمل انه أراد بهذا اللفظ النذر و يحتمل انه أراد به العتق فلا يعتق الا بالنية ولا يلزم الورثة بعد الموت الصدقة لان النذر يسقط بالموت عندنا وروى عن أبى يوسف انه قال اذا قال لامته أطلقتك يريد به العتق تعتق لان الاطلاق ازالة اليد والمرء يزيل يده عن عبده بالعتق و بغير العتق بالكتابة فاذا نوى به العتق تعتق كما لو قال لها خليت سبيلك ولو قال لها طلقتك يريد به العتق لا تعتق عندنا لما نذكر ولو قال فرجك على حرام يريد العتق لم تعتق لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان كما لو اشترى أخته من الرضاعة أو جارية قد وطئ أمها أو بنتها أو جارية مجوسية انها لا تعتق وروى عن أبى يوسف انه قال اذا قال لعبده أنت ح ر أ وقال لزوجته أنت ط ا ل ق فتهجى ذلك هجاء ان نوى العتق أو الطلاق وقع لانه يفهم من هذه الحروف عند انفرادها ما يفهم عند التركيب والتأليف الا انها ليست بصريحة فى الدلالة على المعنى لانها عند انفرادها لم توضع للمعنى فصارت بمنزلة الكناية فتقف على النية وأما ما يقوم مقام اللفظ فى الدلالة على العتق فالكتابة المستبينة لانها فى الدلالة على المراد بمنزلة اللفظ الا أن فيها ضرب استتار وابهام لان الانسان قد يكتب ذلك لارادة العتق وقد

يكتب لتجويد الخط فالتحق بسائر الكنايات فافتقر الى النية والكلام فى هذا كالكلام فى الطلاق وقد ذكرناه فى الطلاق وكذا الاشارة من الاخرس اذا كانت معلمة مفهومة المراد لانها فى الدلالة على المراد فى حقه كالعبارة فى الطلاق والاصل فى قيام الاشارة مقام العبارة قوله تعالى خطابا لمريم عليها السلام فقولى انى نذرت للرحمن صوما أى صمتا وامساكا وذلك على الاشارة لا على القول منها وقد سماها الله تعالى قولا فدل أنها تعمل عمل القول وأما الالفاظ التى يقع بها العتق أصلا نوى أو لم ينو فنحو أن يقول لعبده قم أو اقعد أو اسقنى ونوى به العتق لان هذه الالفاظ لا تحتمل العتق فلا تصح فيها نية العتق وكذا لو قال لا سلطان لى عليك لان السلطنة عبارة عن نفاذ المشيئة على وجه القهر فانتفاؤها لا يقتضى انتفاء الرق كالمكاتب فلا يقتضى العتق بخلاف قوله لا سبيل لى عليك لانه نفى السبل كلها ولا ينتفى السبيل عليها مع قيام الرق ألا ترى أن للمولى على مكاتبه سبيل المطالبة ببدل الكتابة وكذا السلطان يحتمل الحجة أيضا فقوله لا سلطان لى عليك أى لا حجة لى عليك وانتفاء حجته على عبده لا يوجب حريته وكذا لو قال لعبده اذهب حيث شئت أو توجه حيث شئت من بلاد الله تعالى يريد به العتق أو قال له أنت طالق أو طلقتك أو أنت بائن أو ابنتك أو قال لامته أنت طالق أو طلقتك أو أنت بائن أو ابنتك أو أنت على حرام أو حرمتك أو أنت خلية أو برية أو بتة أو اذهبى أو اخرجى أو اعزبى أو تقنعى أو استبرئى أو اختارى ونوى العتق فاختارت وغير ذلك مما ذكرنا فى الطلاق وهذا عندنا وعند الشافعى يقع العتق بها اذا نوى ولقب المسئلة أن صريح الطلاق وكناياته لا يقع بها العتاق عندنا خلافا له وجه قوله أن قوله لمملوكته أنت طالق أو طلقتك اثبات الانطلاق أو ازالة القيد وانه نوعان كامل وذلك بزوال الملك والرق وهو تفسير العتق وناقص وذلك بزوال اليد لا غير كما فى المكاتب والمأذون فاذا نوى به العتق فقد نوى أحد النوعين فنوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته ولهذا اذا قال لزوجته أنت حرة ونوى به الطلاق طلقت كذا هذا ولنا أن هذه الالفاظ المضافة الى المملوك عبارات عن زوال يد المالك عنه أما قوله أنت طالق فلان الطلاق عبارة عن رفع القيد والقيد عبارة عن المنع عن العمل لا عن الملك والمانع يد المالك فرفع المانع يكون بزوال يده وزوال يد المالك عن المملوك لا يقتضى العتق كالمكاتب وكذا قوله اذهب حيث شئت أو توجه الى أين شئت لانه عبارة عن رفع اليد عنه وانه لا ينفى الرق كالمكاتب وبه تبين أن القيد ليس بمتنوع بل هو نوع واحد وزواله عن المملوك لا يقتضى زوال الملك كالمكاتب وكذا قوله أنت بائن أو ابنتك لانه ينبئ عن الفصل والتبعيد وكذا التحريم يجامع الرق كالاخت من الرضاعة والامة المجوسية ونحو ذلك بخلاف قوله لامرأته أنت حرة لان التحريم تخليص والقيد ثبوت فينافيه ولان ملك اليمين لا يثبت بلفظ النكاح وما لا يملك بلفظ النكاح لا يزول الملك عنه بلفظ الطلاق كسائر الاعيان وهذا لان الطلاق رفع ما يثبت بالنكاح فاذا لم يثبت ملك اليمين بلفظ النكاح لا يتصور رفعه بلفظ الطلاق بخلاف قوله لامرأته أنت حرة ونوى به الطلاق لان ملك المتعة لا يختص ثبوته بلفظ النكاح فانه كما يثبت بغير النكاح يثبت بغيره من الشراء وغيره فلا يختص زواله بلفظ الطلاق ألا ترى أنه يزول بردة المرأة وكذا بشرائها بان اشترى الزوج امرأته فجاز أن يزول بلفظ التحرير ولو قال لعبده رأسك رأس حر أو بدنك بدن حر أو فرجك فرج حر لم يعتق لان هذا تشبيه لكن بحذف حرف التشبيه وانه جائز من باب المبالغة قال الله تعالى وهى تمر مر السحاب أى كمر السحاب وقال الشاعر

وعيناك عيناها وجيدك جيدها * سوى أن عظم الساق منك دقيق

فتشبيه الشئ بالشئ لا يقتضى المشاركة بينهما فى جميع الصفات وهذا معنى قولهم كلام التشبيه لا عموم له قال الله عز وجل كانهن الياقوت والمرجان وقال تعالى كانهن بيض مكنون فلا يعتق ولو نون فقال رأسك رأس حر وبدنك بدن حر وفرجك فرج حر فهو حر لان هذا ليس بتشبيه بل هو وصف وقد وصف جملة أو ما يعبر به عن جملة بالحرية فيعتق ولو قال ما أنت الا مثل الحر أو أنت مثل الحر لم يعتق فى القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى كذا ذكر فى الاصل

لان

لان هـذا تشبيه بحرف التشبيه والتشبيه لا يقتضي المشاركة في جميع الصفات بخلاف قوله ما أنت الاحر لان ذلك ليس بتشبيه بل هو تحرير لانه نفي وأثبت والنفي مازاده الاثبات كيدا كقول القائل لغيره ما أنت الافقيه وروى عن أبي يوسف أنه قال اذا قال كل مالي حر وله عبيد لم يعتقوا لانه جمع بين العبيد وغيرهم من الاموال ووصف الكل بالحرية بقوله كل مالي حر ومعلوم أن غير العبيد من الاموال لا يحتمل الوصف بالحرية التي هي العتق فينصرف الوصف بالحرية الى الحرية التي يحتملها الكل وهي أن تكون جميع أمواله خالصة صافية له لا حق لاحد فيها فلا تعتق عبيده والله عز وجل الموفق

﴿فصل﴾ وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى المعتق خاصة و بعضها يرجع الى المعتق خاصة و بعضها يرجع اليهما جميعا و بعضها يرجع الى نفس الركن أما الذي يرجع الى المعتق خاصة فمنها أن يكون عاقلا حقيقة أو تقديرا حتى لا يصح الاعتاق من الصبي الذي لا يعقل والمجنون كما لا يصح الطلاق منهما وأما المجنون الذي يجن في حال و يفيق في حال فما يوجد منه في حال افاقته فهو فيه بمنزلة سائر العقلاء وما يوجد منه في حال جنونه فهو بمنزلة المجنون المطبق اعتبارا للحقيقة وأما السكران فاعتاقه كطلاقه وقد مر ذلك في كتاب الطلاق ومنها أن لا يكون معتوها ولا مدهوشا ولا مبرسما ولا مغمى عليه ولا نائما حتى لا يصح الاعتاق من هؤلاء كما لا يصح الطلاق منهم لما ذكرنا في الطلاق ومنها أن يكون بالغا فلا يصح الاعتاق من الصبي وان كان عاقلا كما لا يصح الطلاق منه ولو قال رجل اعتقت عبدي وأنا صبي أو قال وأنا نائم كان القول قوله والاصل فيه أنه اذا أضاف الاعتاق الى حال معلوم الكون وهو ليس من أهل الاعتاق فيها يصدق بان قال أعتقته وأنا صبي أو وأنا نائم أو مجنون وقد علم جنونه أو وأنا حربي في دار الحرب على أصل أبي حنيفة ومحمد وقد علم ذلك منه لانه اذا أضاف الاعتاق الى زمان لا يتصور منه الاعتاق علم ان أراد به صيغة الاعتاق لا حقيقة الاعتاق فلم يصر معترفا بالاعتاق ولو قال أعتقته وأنا مجنون ولم يعلم له جنون لا يصدق لانه اذا أضافه الى حالة لا يتيقن وجودها فالظاهر أنه أراد الرجوع عما أقر به فلا يقبل منه ولو قال أعتقته قبل أن أخلق أو قبل أن يخلق لا يعتق لان زمان ماقبل الخلاقه وانخلاق العبد معلوم فقد أضاف الاعتاق الى زمان معلوم الكون ولا يتصور منه فيه الاعتاق فلا يعتق وأما كونه طائعا فليس بشرط عندنا خلافا للشافعي والمسئلة مرت في كتاب الطلاق وكونه جادا ليس بشرط بالاجماع حتى يصح اعتاق الهازل وكذا كونه عامدا حتى يصح اعتاق الخاطئ لما ذكرنا في الطلاق وكذا التكلم باللسان ليس بشرط فيصح الاعتاق بالكتابة المستبينة والاشارة المفهومة وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط في الاعتاق بعوض و بغير عوض اذا كان الخيار للمولى حتى يقع العتق و يبطل الشرط أما اذا كان بغير عوض فظاهر لان ثبوت الخيار لفائدة الفسخ والاعتاق بغير العوض لا يحتمل الفسخ وكذا ان كان بعوض لان العوض من جانب المولى هو العتق وانه لا يقبل الفسخ فلا معنى للخيار فيه وان كان الخيار للعبد فخلوه عن خياره شرط صحته حتى لو رد العبد العقد في مدة الخيار فينفسخ العقد ولا يعتق لان العوض في جانبه هو المال فكان محتملا للفسخ فيصح شرط الخيار فيه كما في الطلاق على مال وقد ذكرناه في كتاب الطلاق وعلى هذا الصلح من دم العمد بشرط الخيار وان الخيار ان كان مشروطا للمولى يبطل الخيار و يصح الصلح لان الخيار لثبوت الفسخ والذي من جانب المولى وهو العفو لا يحتمل الفسخ وان كان الخيار للقاتل جاز لان ماهو العوض من جانبه وهو المال قابل للفسخ ثم اذا اجاز الخيار وفسخ القاتل العقد هل يبطل العفو فالقياس أن يبطل لانه تعلق بشرط المال ولم يسلم المال وفي الاستحسان لا يبطل و يلزم القاتل الدية كذا روى عن محمد أما صحة العفو وسقوط القصاص فلان عفو الولي يصير شبهة والقصاص يسقط بالشبهات وأما وجوب الدية فلان الولي لم يرض باسقاطه بغير عوض ولا عوض الا الدية اذ هي قيمة النفس ثم فرق بين الاعتاق على مال و بين الكتابة فانه يجوز فيها شرط الخيار للمولى لانها عقد معاوضة يلحقها الفسخ فيجوز شرط الخيار في طرفيها كالبيع بخلاف الاعتاق على مال والله عز وجل

الموفق وكذا الاسلام المعتق ليس بشرط فيصح الاعتاق من الكافر الا ان اعتاق المرتد لا ينفذ فى الحال فى قول أبى حنيفة بل هو موقوف وعندهما نافذ واعتاق المرتد نافذ بلا خلاف والمسألة نذكرها فى كتاب السير ان شاء الله تعالى وكذا الصحة المعتق فيصح الاعتاق من المريض مرض الموت لان دليل الجواز لا يوجب الفصل الا ان الاعتاق من المريض يعتبر من الثلث لانه يكون وصية ومنها النية فى أحد نوعى الاعتاق وهو الكناية دون الصريح ويستوى فى صريح الاعتاق وكناياته ان يكون ذلك بمباشرة المولى بنفسه على طريق الاصالة أو بغيره على طريق النيابة عن المولى باذنه وأمره وذلك أنواع ثلاثة تفويض وتوكيل ورسالة فالتفويض هو التخيير والامر باليد صريحا وكناية على ما بينا والامر بالاعتاق كقوله اعتق نفسك وقوله أنت حر ان شئت والتوكيل هو ان يأمر غيره بالاعتاق بان يقول لغيره اعتق عبدى فلانا من غير التقييد بالمشيئة والرسالة معروفة وقد فسرناها فى كتاب الطلاق والحكم فى هذه الفصول فى العتاق كالحكم فيها فى الطلاق وقد استوفينا الكلام فيها فى كتاب الطلاق بتوفيق الله عز وجل ومنها عدم الشك فى الاعتاق وهو شرط الحكم بثبوت العتق فان كان شاكا فيه لا يحكم بثبوته لما ذكرنا فى الطلاق وأما الذى يرجع الى المعتق خاصة فنوعان أحدهما الاضافة فمنها ان يكون المضاف اليه العتق موجودا بيقين فان لم يكن لم تصح الاضافة بان قال لجارية مملوكة له حمل هذه الجارية حر أو ما فى بطن هذه الجارية حر فان ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت التكلم عتق وان ولدت لستة أشهر فصاعدا لم يعتق لانها اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت اليمين تيقنا بوجوده فى ذلك الوقت لان المرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر فان ولدت واحدا لاقل منها بيوم ثم ولدت آخر لاكثر منها بيوم عتقا جميعا لان الاول عتق لكونه فى البطن يوم الكلام فاذا عتق الاول عتق الثانى لانهما توأمان واما اذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا من وقت التكلم فلا نستيقن بوجوده وقت التكلم لاحتمال حدوثه بعد ذلك فوقع الشك فى ثبوت الحرية فلا تثبت مع الشك ومنها الاضافة الى بدن المعتق أو الى جزء جامع منه وهو الذى يعبر به عن جميع البدن او الى جزء شائع عندنا خلافا للشافعى حتى لو أضاف الى جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لا يصح عندنا وعنده يصح كما فى الطلاق غير انه اذا أضاف العتق الى جزء شائع منه لا يعتق كله عند ابى حنيفة وانما يعتق قدر ما اضاف اليه لا غير وعند ابى يوسف ومحمد يعتق كله وفى الطلاق تطلق كلها بلا خلاف بناء على أن العتق يتجزأ عند أبى حنيفة وعندهما لا يتجزأ والطلاق لا يتجزأ بالاجماع فابو حنيفة يحتاج الى الفرق بين الطلاق والعتاق ووجه الفرق له ان ملك النكاح لا يراد به الا الوطء والاستمتاع وذلك لا يتحقق فى البعض دون البعض فلا يكون اثبات حكم الطلاق فى البعض دون البعض مفيدا فلزم القول بالتكامل فاما ملك اليمين فلم يوضع للاستمتاع والوطء فانه يثبت مع حرمة الوطء والاستمتاع كالامة المجوسية والمحرمة بالرضاع والمصاهرة وانما وضع للاسترباح أو الاستخدام وذلك يتحقق مع قيام الملك فى البعض دون البعض فكان ثبوت العتق فى البعض دون البعض مفيدا فهو الفرق فلا ضرورة الى التكامل واما كون المضاف اليه العتق معلوما فليس بشرط لصحة الاضافة عند عامة العلماء فيصح اضافته الى المجهول بان قال لعبديه أحدكما حر اوقال هذا حر أو هذا أو قال ذلك لامتيه وقال نفاة القياس شرط حتى لا تصح الاضافة الى المجهول عندهم والكلام فى العتاق على نحو الكلام فى الطلاق وقد ذكرناه فى كتاب الطلاق وسواء كانت الجهالة مقارنة أو طارئة بان عتق واحدا من عبيده عينا ثم نسى المعتق لما ذكرنا فى كتاب الطلاق ومنها قبول العبد فى الاعتاق على مال فان لم يقبل لا يعتق ومنها المجلس وهو مجلس الاعتاق ان كان العبد حاضرا ومجلس العلم ان كان غائبا لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى وأما الذى يرجع اليهما جميعا فهو الملك اذ المالك والمملوك من الاسماء الاضافية والعلاقة التى تدور عليها الاضافة من الجانبين هى الملك فكون المعتق مملوك المعتق رقبة وقت ثبوت العتق شرط ثبوته فيحتاج فى هذا الفصل الى بيان كون المعتق مملوك المعتق رقبة وقت ثبوت العتق شرط ثبوته والى بيان انه هل يشترط ان يكون مملوكه وقت الاعتاق وهو التكلم بالعتق أم لا والى بيان من

يدخل تحت مطلق اسم المملوك في الاعتاق المضاف اليه ومن لا يدخل أما الاول فالدليل على اعتبار هذا الشرط قول النبي صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ولان زوال ملك المحل شرط ثبوت العتق فيه ولا بد للزوال من سابقة الثبوت وعلى هذا يخرج اعتاق عبد الغير بغير اذنه انه لا ينفذ لعدم الملك ولكن يتوقف على اجازة المالك عندنا وعند الشافعي لا يتوقف وهي مسئلة تصرفات الفضولي وموضعها كتاب البيوع وكذا العبد المأذون لا يملك الاعتاق وكذا المكاتب لانعدام ملك الرقبة وكذا لو اشترى العبد المأذون أو المكاتب ذا رحم منه لا يعتق عليه لما قلنا ولو اشترى العبد المأذون ذا رحم محرم من مولاه فان لم يكن عليه دين مستغرق لرقبته عتق عليه لانه اذا لم يكن عليه دين فقد ملكه المولى فيعتق عليه كما لو اشتراه بنفسه وان كان عليه دين مستغرق لرقبته لا يعتق عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يعتق بناء على ان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده وعندهما يملك وهي من مسائل المأذون ولو اشترى المكاتب ابنه من مولاه أو ذا رحم محرم من مولاه لم يعتق في قولهم جميعا لان المولى لم يملكه لانه من كسب المكاتب والمولى لا يملك اكساب مكاتبه فلا يعتق ولو اشترت المكاتبة ابنها من سيدها عتق لان اعتاق المولى ينفذ في المكاتبة وولدها فيعتق من طريق الحكم لا لاجل النسب ويجوز اعتاق المولى المكاتب والعبد المأذون والمشترى قبل القبض والمرهون والمستأجر لقيام ملك الرقبة وكذا العبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر اذا أعتقه الموصى له بالرقبة لما قلنا وعلى هذا الاصل يخرج قول أبي يوسف في الحربي اذا أعتق عبدا حربيا له في دار الحرب انه يعتق لقيام الملك وأما عند أبي حنيفة ومحمد فلا يعتق ولا خلاف في انه اذا أعتقه وخلى سبيله يعتق منهم من قال لا خلاف في العتق انه يعتق وانما الخلاف في الولاء انه هل يثبت منه أم لا ذكر الطحاوي عن أبي حنيفة ان للعبد ان يوالي من شاء ولا يكون ولاؤه للمعتق والصحيح ان الخلاف ثابت في العتق فانهم قالوا في الحربي اذا دخل الينا ومعه مماليك فقال هم مدبرون انه لا يقبل قوله وان قال هم أولادي أوهن أمهات أولادي قبل قوله فهذا يدل على ان التدبير لا يثبت في دار الحرب ورواية الطحاوي عن ابي حنيفة محمولة على ما اذا خرج الى دار الاسلام واذا خرج الى دار الاسلام فلا ولاء له عليه عندهما لانه لم يعتق باعتاقه وانما عتق بخروجه الى دار الاسلام وعند أبي يوسف عتق باعتاق مولاه وجه قول أبي يوسف في مسئلة العتق انه أعتق ملك نفسه فيعتق كما لو باعه وكما لو كان في دار الاسلام فاعتق عبده الحربي أو مسلما أو ذميا وكالمسلم اذا أعتق عبده المسلم في دار الحرب ولا شك انه أعتق ملك نفسه لان أموال أهل الحرب املاك لهم حقيقة الا ترى انهم يرثون ويورث عنهم ولو كانت جارية يصح من الحربي استيلاؤها الا انه ملك غير معصوم ولهما ان اعتاق الحربي عبده الحربي في دار الحرب بدون التخلية لا يفيد معنى العتق لان العتق عبارة عن قوة حكمية تثبت للمحل يدفع بها يد الاستيلاء والتملك عن نفسه وهذا لا يحصل بهذا الاعتاق بدون التخلية لان يده عليه تكون قائمة حقيقة وملك أهل الحرب في دار الحرب في ديانتهم بناء على القهر الحسي والغلبة الحقيقية حتى ان العبد اذا قهر مولاه فاستولى عليه ملكه واذا لم توجد التخلية كان تحت يده وقهره حقيقة فلا يظهر معنى العتق هذا معنى قول المشايخ معتق بلسانه مسترق بيده بخلاف ما اذا أعتق في دار الاسلام لان يد الاستيلاء والتملك تنقطع بثبوت العتق في دار الاسلام فيظهر معنى العتق وهو القوة الدافعة يد الاستيلاء وبخلاف المسلم اذا أعتق عبده المسلم في دار الحرب لان المسلم لا يدين الملك بالاستيلاء والغلبة الحقيقية ولو كان عبده حربيا فاعتقه المسلم في دار الحرب يعتق من غير تخلية استحسانا والقياس أن لا يعتق عندهما كالحربي اذا أعتق عبده الحربي في دار الحرب ومنهم من جعل المسئلة على الاختلاف وعلى هذا الخلاف اذا ملك الحربي في دار الحرب ذا رحم محرم منه انه لا يعتق عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يعتق لان ملك القريب يوجب العتق فكان الخلاف فيه كالخلاف في الاعتاق وأما الثاني فالاعتاق لا يخلو إما أن يكون تنجيزا وإما أن يكون تعليقا بشرط وإما أن يكون اضافة الى وقت فان كان تنجيزا يشترط قيام الملك وقت وجوده لان التنجيز اثبات

العتق للحال ولا عتق بدون الملك وان كان تعليقا فالتعليق فى الاصل نوعان تعليق محض ليس فيه معنى المعاوضة وتعليق فيه معنى المعاوضة فيكون تعليقا من وجه ومعاوضة من وجه والتعليق المحض نوعان أيضا تعليق بما سوى الملك وسببه من الشروط وتعليق بالملك أو بسبب الملك وكل واحد منهما على ضربين تعليق صورة ومعنى وتعليق معنى لا صورة فيقع الكلام فى الحاصل فى موضعين أحدهما فى بيان أنواع التعليق ما يشترط لصحته قيام الملك وقت وجوده وما لا يشترط والثانى فى بيان ما يظهر به وجود الشرط أما الاول فالتعليق المحض بما سوى الملك وسببه من الشروط فنحو التعليق بدخول الدار وكلام زيد وقدوم عمرو ونحو ذلك بأن يقول لعبده ان دخلت الدار فأنت حر أو ان كلمت فلانا أو اذا قدم فلان ونحو ذلك فانه تعليق صورة ومعنى لوجود حرف التعليق والجزاء وهذا النوع من التعليق لا يصح الا فى الملك حتى لو قال لعبد لا يملكه ان دخلت الدار فأنت حر ثم اشتراه فدخل الدار لا يعتق لان تعليق العتق بالشرط ليس الا اثبات العتق عند وجود الشرط لا محالة ولا عتق بدون الملك ولا يوجد الملك عند وجود الشرط الا اذا كان موجودا عند التعليق لان الظاهر بقاؤه الى وقت الشرط واذا لم يكن موجودا وقت التعليق كان الظاهر عدمه عند وجود الشرط فلا يثبت العتق عند وجوده لا محالة ولان اليمين بغير الله عز وجل شرط وجزاء والجزاء ما يكون غالب الوجود عند وجود الشرط أو متيقن الوجود عند وجوده لتحصيل معنى اليمين وهو التقوى على الامتناع أو على التحصيل فاذا كان الملك ثابتا وقت التعليق كان الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط لان الظاهر بقاء الملك الى وقت وجود الشرط فيحصل معنى اليمين وكذا اذا أضاف اليمين الى الملك أو سببه كان الجزاء متيقن الوجود عند وجود الشرط فيحصل معنى اليمين فتنعقد اليمين ثم اذا وجد التعليق فى الملك حتى صح فالعبد على ملكه فى جميع الاحكام قبل وجود الشرط واذا وجد الشرط وهو فى ملكه يعتق وان لم يكن فى ملكه تنحل اليمين لا الى جزاء حتى لو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر فباعه قبل دخول الدار فدخل الدار وهو ليس فى ملكه يبطل اليمين ولو لم يدخل حتى اشتراه ثانيا فدخل الدار عتق لان اليمين لا يبطل بزوال الملك لان فى بقائها فائدة لاحتمال العود بالشراء وغيره من أسباب الملك الا أنه لم ينزل الجزاء عند الشرط لعدم الملك فاذا اعاد الملك واليمين قائم عتق على ما ذكرنا فى الطلاق ولو قال لعبده ان بعتك فأنت حر فباعه بيعا صحيحا لا يعتق لعدم الملك له فيه عند الشرط ولو باعه بيعا فاسدا وهو فى يده حنث لوجود الملك له فيه ولو كان التعليق فى الملك بشرطين يراعى قيام الملك عند وجود الشرط الاخير عندنا خلافا لزفر حتى لو قال لعبده ان دخلت هذين الدارين فأنت حر فباعه قبل الدخول فدخل احدى الدارين ثم اشتراه فدخل الدار الاخرى يعتق عندنا وعند زفر لا يعتق والمسئلة مرت فى كتاب الطلاق ولو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر ان كلمت فلانا يعتبر قيام الملك عند الدخول أيضا لانه جعل الدخول شرط انعقاد اليمين واليمين بالعتاق لا تنعقد الا فى الملك أو مضافة الى الملك أو بسببه كانه قال له عند الدخول ان كلمت فلانا فأنت حر ولو قال لعبده أنت حر ان شئت أو أحببت أو رضيت أو هويت أو قال لامته ان كنت تحبينى أو تبغضينى أو اذا حضت فأنت حرة فالجواب فيه كالجواب فى الطلاق وقد ذكرنا هذه المسائل وأخواتها فى كتاب الطلاق ولو قال أنت حر ان لم يشأ فلان فان قال فلان شئت فى مجلس علمه لا يعتق لعدم شرطه وان قال لا أشاء يعتق لكن لا بقول لا أشاء لان له أن يشاء فى المجلس بل لبطلان المجلس باعراضه واشتغاله بشىء آخر بقوله لا أشاء ألا ترى أنه اذا قال ان لم يشأ فلان اليوم فأنت حر فقال فلان شئت لا يعتق ولو قال لا أشاء لا يعتق لان له أن يشاء بعد ذلك ما دامت المدة باقية الا اذا مضى اليوم ولم يشأ فحينئذ يعتق ولو علق بمشيئة نفسه فقال أنت حر ان شئت أنا فما لم توجد المشيئة منه فى عمره لا يعتق ولا يقتصر على المجلس لان هذا ليس بتفريق اذ العتاق بيده ولو قال أنت حر ان لم تشأ فان قال شئت لا يعتق لعدم الشرط وان قال لا أشاء لا يعتق لان العدم لا يتحقق بقوله لا أشاء اذ له أن يشاء بعد ذلك الى أن يموت بخلاف الفصل الاول لان هناك اقتصر على المجلس فاذا قال لا أشاء فقد أعرض عن المجلس وههنا لا يقتصر على

الجلس

المجلس فله أن يشاء بعد ذلك حتى يموت فاذا مات فقد تحقق العدم فيعتق قبل موته بلا فصل و يعتبر من ثلث المال كوقوع العتق فى المرض اذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض ولو قال أنت حر غدا ان شئت فالمشيئة فى الغد فان شاء فى الحال لا يعتق مالم يشأ فى الغد ولو قال أنت حر ان شئت غدا فالمشيئة اليه فى الحال فاذا شاء فى الحال عتق غدا لان فى الفصل الاول علق الاعتاق المضاف الى الغد بالمشيئة فيقتضى المشيئة فى الغد و فى الفصل الثانى أضاف الاعتاق المعلق بالمشيئة الى الغد فيقتضى تقدم المشيئة على الغد و روى عن أبى حنيفة أنه قال المشيئة فى الغد فى الفصلين جميعاً وقال زفر المشيئة اليه للحال فى الفصلين جميعا ومن هذا القبيل قول الرجل لعبده ان أديت الى ألفا فأنت حر لانه تعليق صورة ومعنى لوجود الشرط والجزاء فيصح فى الملك و يتعلق العتق بوجود الشرط وهو الاداء اليه فى ملكه فاذا جاء بألف وهو فى ملكه وخلى بينه و بين الالف شاء المولى أو أبى وهو تفسير الجبر على القبول الا أن القاضى يجبره على القبض بالحبس كذا فسره محمد فقال ان العبد اذا أحضر المال بحيث يتمكن المولى من القبض عتق وهذا استحسان والقياس أن لا يعتق مالم يقبض أو يقبل وهو قول زفر (وجه) القياس أنه علق العتق بشرط الاداء اليه ولا يتحقق الاداء اليه الا بالقبض ولم يوجد فلا يعتق كما لو قال ان أديت الى عبدا فأنت حر فجاء بعبد ردىء وخلى بينه و بينه لا يعتق ولو قبل يعتق وكذا اذا قال ان أديت الى كرا من حنطة فأنت حر فأدى كرا من حنطة رديئة ولو قبل يعتق وكذا اذا قال ان أديت الى ثوبا أو دابة فأتى بثوب مطلق أو دابة مطلقة لا يعتق بدون القبول وكذا اذا قال ان أديت الى ألفا أحج بها أو حججت بها لا يعتق بتسليم الالف مالم يقبل وكذا اذا قال ان أديت الى هذا الدن من الخمر لا يعتق بالتخلية بدون القبول (وجه) الاستحسان ان أداء المال الى الانسان عبارة عن تسليمه اليه قال الله تبارك وتعالى إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها أى تسلموا وقال سبحانه وتعالى خبرا عن نبيه موسى عليه الصلاة والسلام ان أدوا الى عباد الله أى سلموا وتسليم الشىء عبارة عن جعله سالما خالصا لا ينازعه فيه أحد وهذا يحصل بالتخلية ولهذا كانت التخلية تسليما فى الكتابة وكذا فى المعاوضات المطلقة فلا يحتاج فيه الى القبض كما لا يحتاج اليه فى الكتابة والمعاوضات المطلقة مع ما أن التخلية تتضمن القبض لانها تفيد التمكن من التصرف وهو تفسير القبض لا الجعل فى البراجم كما فى سائر المواضع وأما المسائل فهناك لم يوجد الشرط أما مسئلة العبد فلانه وان ذكر العبد مطلقا فانما أراد به المقيد وهو العبد المرغوب فيه لا ما ينطلق عليه اسم العبد علم ذلك بدلالة حاله فلا يعتق بأداء الردىء فاذا قبل يعتق لانه اذا قبل تبين أنه ما أراد به المقيد بل المطلق وعلم أن له فيه غرضا آخر فى الجملة فلا تعتبر الدلالة مع الصريح بخلافه حتى لو أتى بعبد جيد أو وسط وخلى يعتق وهو الجواب فى مسئلة الكر وأما مسئلة الثوب فثم لا يعتق مالم يقبل ولا يعتق بأداء الوسط لان الثياب أجناس مختلفة وأنواع متفاوتة واسم الثوب يقع على كل ذلك على الانفراد من الديباج والخز والكتان والكرباس والصوف وكل جنس تحته أنواع فكان الوسط مجهولا جهالة متفاحشة ولا يقع على أدنى الوسط من هذه الاجناس كما لا يقع على أدنى الردىء لان قيمة أدنى الوسط وهو الكرباس وهو ثوب تستر به العورة مما لا يرغب فيه بمقابلة ازالة الملك عن عبد قيمته ألف ومتى بقى مجهولا لا تنقطع المنازعة فلا يتحقق التسليم والتخلية حتى لو قال ان أديت الى ثوبا هرويا فأنت حر يقع على الوسط واذا جاء به يجبر على القبول وكذا الجواب عن مسئلة الدابة لان الدواب أجناس مختلفة تحتها أنواع متفاوتة واسم الدابة يقع على كل ذلك على الانفراد حتى لو قال ان أديت الى فرسا فأنت حر فقد قالوا انه يقع على الوسط و يجبر على القبول وأما مسئلة الحج ففيها تفصيل ان قال ان أديت الى ألفا فحججت بها أو قال وحججت بها فأتى بالالف لا يعتق لانه علق العتق بشرطين فلا يعتق بوجود أحدهما ولو قال ان أديت الى ألفا أحج بها يعتق اذا خلى و يكون قوله أحج بها لبيان الغرض ترغيبا للعقد فى الاداء حيث يصير كسبه مصروفا الى طاعة الله تعالى لا على سبيل الشرط ومسئلة الخمر لا رواية فيها ولكن ذكر فى الكتابة انه اذا كاتب عبده على دن من خمر او على كذا عددا من الخنازير على انه متى أتى

بها فهو حر فقيل يكون كتابة فاسدة فلو جاء بها المكاتب وخلى بينه و بينها يعتق لوجود الشرط و يلزمه قيمة نفسه فيجوز ان يقاس عليه و يقال يعتق ههنا بالتخلية أيضا وقال بعض المشايخ ان العتق فى هذا الفصل ثبت من طريق المعاوضة لا بوجود الشرط حقيقة كما فى الكتابة والصحيح انه ثبت بوجود الشرط حقيقة كما فى سائر التعليقات بشروطها لا بطريق المعاوضة والمسائل تدل عليها فانه ذكر عن بشر بن الوليد انه قال سمعت أبا يوسف قال فى رجل قال لعبده اذا أديت الى ألفا فأنت حر او متى أديت أو ان أديت فان أبا حنيفة قال ليس هذا بمكاتب وللمولى أن يبيعه وكذا قال أبو يوسف ومحمد فان أدى قبل ان يبيعه فان أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمدا قالوا يجبر المولى على قبوله و يعتق استحسانا فان مات المولى قبل ان يؤدى الالف فالعبد رقيق يورث مع اكسابه بخلاف الكتابة ولو مات العبد قبل الاداء وترك مالا فماله كله للمولى ولا يؤدى عنه فيعتق بخلاف المكاتب وان بقى بعد الاداء فى يده مال مما اكتسبه فهو للمولى بخلاف المكاتب لان المكاتب فى يد نفسه ولا سبيل للمولى على اكسابه مع بقاء الكتابة فبعد الحرية أولى وقالوا ان المولى لو باعه قبل الاداء صح كما فى قوله لعبده ان دخلت الدار فأنت حر بخلاف المكاتب فانه لا يجوز بيعه من غير رضا المكاتب واذا رضى تنفسخ الكتابة ولو قال لعبدين له ان اديتما الى ألفا فأنتما حران فان أدى أحدهما حصته لم يعتق أحدهما لانه علق العتق بأداء الالف ولم يوجد وكذا اذا أدى أحدهما الالف كلها من عنده لانه جعل شرط عتقهما أداءهما جميعا الالف ولم يوجد الالف فلا يعتقان كما اذا قال لهما ان دخلتما هاتين الدارين فأنتما حران فدخل أحدهما لا يعتق ما لم يدخل الآخر وان أدى أحدهما الالف كلها وقال خمسمائة من عندى وخمسمائة أخرى بعث بها صاحبى ليؤديها اليك عتقا لوجود الشرط . وهو أداء الالف منهما حصة أحدهما بطريق الاصالة وحصة الآخر بطريق النيابة لان هذا باب تجزئ فيه النيابة فقام أداؤه مقام أداء صاحبه ولو ادى عنهما رجل آخر لم يعتقا لعدم الشرط وهو أداؤهما وأما اذا أدى الاجنبى الالف وقال أؤديها اليك على انهما حران فقبلها المولى على ذلك عتقا لان هذا بمنزلة التعليق بشرط آخر مع الاجنبى كانه قال له ان أديت الى ألفا فعبدى حر و يرد المال الى المولى لان المولى لا يستحق المال بعتق عبده قبل الغير ولان منفعة هذا العتق تحصل له فلا يجوز ان يستحق بذلك على الغير مالا بخلاف ما اذا قال لآخر طلق امرأتك على ألفى هذه ودفع اليه فطلق ان الالف تكون للمطلق لان الزوج لم يحصل له بالطلاق منفعة اذ هو اسقاط حق والاجنبى صار متبرعا عنها بذلك فأشبه ما اذا قضى عنها دينا بخلاف العتق لانه حصلت للمولى منفعة وهو الولاء فلا يجوز أن يستحق بدلا على الغير ولو أداها الاجنبى وقال هما أمرانى ان أؤديها عنهما فقبلها المولى عتقا لوجود الشرط لانه يجوز أن يكون الرجل رسولا عنهما فأداء الرسول أداء المرسل فان أدى العبد من مال اكتسبه قبل القبول عتق لوجود الشرط و يرجع المولى عليه بمثله لان المولى ما أذن له بالاداء من هذا الكسب لان الاذن ثبت بمقتضى القبول والكسب كان قبل القبول فصار بمنزلة المغصوب بان غصب ألفا من رجل وأدى ولم يجز المغصوب منه أداءه فان العبد يعتق لوجود الشرط وللغاصب أن يسترد المغصوب وللمولى ان يرجع على العبد بمثلها وان أدى من مال اكتسبه بعد القبول صح الاداء وعتق العبد ولا يرجع المولى على العبد بمثله بعد العتق استحسانا والقياس ان يرجع لانه أدى مال المولى فيرجع عليه كما لو اكتسبه قبل القبول بخلاف المكاتب لانه أدى من مال نفسه لان اكتسابه ملكه الا انهم استحسنوا فقالوا انه لا يرجع لانه أدى باذن المولى فكان اقدامه على هذا القبول اذنا له بالتجارة دلالة لانه لا يتوصل الى أداء الالف الا بالتجارة فيصير مأذونا فى التجارة فقد حصل الاداء من كسب هو مأذون فى الاداء منه من جهة المولى فلا يستحق الرجوع عليه أو نقول الكسب الحاصل بعد القبول ليس على حكم ملك المولى فى القدر الذى يؤدى ككسب المكاتب فصار من هذا الوجه كالمكاتب ولو كانت هذه أمة فولدت ثم أدت لم يعتق ولدها بخلاف المكاتبة اذا ولدت ثم أدت فعتقت انه يعتق ولدها ولو قال العبد للمولى حط عنى مائة فحط عنه فادى تسعمائة لم يعتق لان الشرط لم يوجد بخلاف

الكتابة فان العتق فيما يثبت بطريق المعاوضة والحط يلتحق بأصل العقد في المعاوضات كالبيع وكذا لو أدى مكان الدراهم دنانير لا يعتق وان قبل لعدم الشرط ولو قال لعبده ان خدمتني سنة فانت حر فخدمه أقل من سنة لم يعتق حتى يكمل خدمته وكذا ان صالحه من الخدمة على دراهم أو من الدراهم التي جعل عليه على دنانير وكذا اذا قال اخدم أولادي سنة وأنت حر فمات بعضهم قبل تمام السنة لم يعتق وهذا كله دليل على ان العتق ثبت بوجود الشرط حقيقة فلا يختلف الحكم فيه بالرضا وعدمه واسقاط بعض الشرط كما في سائر الازمان ألا يرى انه اذا قال له ان دخلت هاتين الدارين فانت حر فدخل احداهما وقال المولى أسقطت عنك دخول الاخرى لا يسقط كذا هذا ولو أبرأ المولى العبد من الالف لم يعتق لعدم الشرط وهو الاداء ولو أبرأ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق وذكر محمد في الزيادات انه اذا قال ان أديت لي ألفا في كيس أبيض فانت حر فاداها في كيس أسود لا يعتق وفي الكتابة يعتق وهذا نص على ان العتق ههنا يثبت بوجود الشرط لا من طريق المعاوضة بخلاف الكتابة وان باع هذا العبد ثم اشتراه وأدى اليه يجبر على القبول عند أبي يوسف وقال محمد في الزيادات لا يجبر على قبولها فان قبلها عتق وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يجبر على القبول ولم يذكر الخلاف وعلى هذا اذا رده عليه بعيب أو خيار وجه قول أبي يوسف ظاهر مطرد على الاصل لانه عتق تعلق بالشرط والجزاء لا يتقيد بالملك القائم فكان حكمه في الملك الثاني كحكمه في الملك الاول كما في قوله ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل وأما الوجه لمحمد فهو ان دلالة الحال دلت على التقييد بالملك القائم ظاهرا لان غرضه من التعليق بالاداء تحريضه على الكسب ليصل اليه المال وذلك في المال القائم وأ كد ذلك بوجود العتق المرغب له في الكسب مع احتمال ان المراد منه مطلق الملك فاذا أتى بالمال بعد ما باعه واشتراه فلم يقبل لا يعتق لتقيده بالملك القائم ظاهرا بدلالة الحال واذا قبل يعتق لانه تبين ان المراد منه المطلق ولو قال لامته اذا أديت الي ألفا كل شهر مائة فانت حرة فقبلت ذلك فليس هذا بكتابة وله ان يبيعها ما لم تؤد وان كسرت شهرا لم تؤد اليه ثم أدت اليه في غير ذلك الشهر لم تعتق كذا ذكر في رواية أبي حفص وهشام وذكر في رواية أخرى وقال هذه مكاتبة وليس له أن يبيعها وان كسرت شهرا او احدا ثم أدت في غير ذلك الشهر كان جائزا وجه هذه الرواية انه أدخل فيه الاجل فدل انه كتابة وجه رواية أبي حفص ان هذا تعليق العتق بشرط في وقت وهذا لا يدل على انه كتابة كما لو قال لها ان دخلت دار فلان اليوم أو دار فلان غدا فأنت حرة لا يكون ذلك كتابة وان أدخل الاجل فيه والدليل على ان الصحيح هذه الرواية انه اذا قال لها اذا أديت الي ألفا في هذا الشهر فانت حرة فلم تؤدها في ذلك الشهر وأدتها في غيره لم تعتق ولو كان ذلك كتابة لما بطل ذلك الا بحكم الحاكم أو بتراضيهما فدل ان هذا ليس بكتابة بل هو تعليق بشرط لكن بوقت دون وقت ثم التعليق بالاداء هل يقتصر على المجلس فان قال متى أديت أو متى ما أديت او اذا ما أديت فلا شك ان هذا كله لا يقتصر على المجلس لان في هذه الالفاظ معنى الوقت وان قال ان أديت الي ذكر في الاصل انه يقتصر على المجلس وظاهر ما رواه بشر عن أبي يوسف يدل انه لا يقتصر على المجلس فانه قال في رواية عن أبي يوسف انه قال في رجل قال لعبده ان أديت الي ألفا فانت حر أو متى أديت أو ان أديت فقد سوى بين هذه الكلمات ثم في كلمة اذا أو متى لا يقتصر على المجلس فكذا في كلمة ان وكذا ذكر بشر ما يدل عليه فانه قال عطفا على روايته عن أبي يوسف ان المولى اذا باعه ثم اشتراه فأدى المال عتق و يبعد ان ينفذ البيع والشراء وأداء المال في مجلس واحد وهذا يدل على ان العتق لا يقتصر على المجلس في الالفاظ كلها والوجه فيه ظاهر لانه عتق معلق بالشرط فلا يقف على المجلس كالتعليق بسائر الشروط من قوله ان دخلت الدار فأنت حر وغير ذلك وجه رواية الاصل ان العتق المعلق بالاداء معلق باختيار العبد فصار كانه قال أنت حر ان شئت ولو قال ان شئت يقتصر على المجلس ولو قال اذا شئت أو متى شئت لا يقتصر على المجلس كذا ههنا وسواء أدى الالف جملة واحدة أو على التفاريق خمسة وعشرة وعشرين انه يجبر على القبول حتى اذا تم الالف يعتق لانه علق

العتق باداء الالف مطلقا وقد أدى وروى ابن رستم عن محمد فيمن قال لعبده فى مرضه اذا أديت الى ألفا فانت حر وقيمة العبد ألف فأداها من مال اكتسبه بعد القول فانه يعتق من جميع المال استحسن أبو حنيفة ذلك وقال زفر يعتق من الثلث وهو القياس ووجهه أن الكسب حصل على ملك المولى لانه كسب عبده فاذا أسقط حقه عن الرقبة كان متبرعا فيعتبر من الثلث كما لو أعتقه ابتداء بخلاف الكتابة لان المولى لا يملك اكساب العبد المكاتب فكان كسبه عوضا عن الرقبة فيعتق من جميع المال وجه الاستحسان أن القدر الذى يؤدى من الكسب الحاصل بعد القول ليس على ملك المولى ككسب المكاتب لان المولى أطمعه العتق بادائه اليه فصار تعليق العتق به سببا داعيا الى تحصيله فصار كسبه من هذا الوجه بمنزلة كسب المكاتب ولو قال له أد الى ألفا وأنت حر فلم يؤد لا يعتق لانه أتى بجواب الامر بالواو فيقتضى وجوب ما تعلق بالامر وهو الاداء ولو قال أد الى ألفا فانت حر فلا رواية فى هذا وقيل هذا والاول سواء لا يعتق الا باداء المال اليه لان جواب الامر قد يكون بحرف الفاء ولو قال أد الى ألفا أنت حر يعتق للحال أدى أو لم يؤد لانه لم يوجد ههنا ما يوجب تعلق العتق بالاداء حيث لم يأت بحرف الجواب والله عز وجل أعلم ومن هذا القبيل اذا قال لامته ان ولدت ولدا فهو حر أو قال اذا ولدت ولدا فهو حر ويعتبر لصحة قيام الملك فى الامة وقت التعليق كما فى قوله ان ولدت ولدا فانت حرة لان الملك اذا كان ثابتا فى الامة وقت التصرف فالظاهر بقاؤه الى وقت الولادة فلا حاجة الى اضافة الولادة الى الملك فيصح فاذا صح التعليق فكل ولد تلده فى ملكه يعتق وان ولدت فى غير ملكه لا يعتق وتبطل اليمين بان ولدت بعد ما مات المولى أو بعد ما باعها ولو ضرب ضارب بطنها فالقت جنينا ميتا كان فيه ما فى جنين الامة لان الحرية تحصل بعد الولادة والضرب حصل قبل الولادة فكان عبدا فلا يجب ضمان الحر ولو قال اذا حملت بولد فهو حر كان فيه ما فى جنين الحرة لان الحرية تحصل منها بالحمل فالضرب صادفه وهو حر الا أنا لا نحكم به ما لم تلد لانا لا نعلم بوجوده فاذا ألقت فقد علمنا بوجوده وقت الضرب فان قيل الحرية لا تثبت الا بعد حدوث الحياة فيه ولا نعلم ذلك فكيف يحكم بحريته فالجواب أنه لما حكم الشرع بالارش على الضارب فقد صار محكوما بحدوث الحياة فيه لان الارش لا يجب الا باتلاف الحى ولو باعها المولى فولدت عند المشترى قبل مضى ستة أشهر كان الولد حرا والبيع باطل لانا تيقنا أنه باعها والحمل موجود والحرية ثابتة فيه وحرية الحمل تمنع جواز بيع الام لما مر وان ولدته لستة شهر فصاعدا لم يعتق لانا لم نتيقن بحصول الولد يوم البيع فلا يجوز فسخ البيع واثبات الحرية ولو قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فلو ولدت غلاما وجارية فهذا لا يخلو من أوجه اما ان علم أيهما ولد أولا بان اتفق المولى والامة على انهما يعلمان ذلك واما ان لم يعلم بان اتفقا على أنهما لا يعلمان واما ان اختلفا فى ذلك فان علم أيهما ولد أولا فان كان الغلام هو الاول فهو رقيق لان المعلق بولادته عتق الام وهى انما تعتق بعد الولادة فكان انفصال الولد على حكم الرق فلا يؤثر فيه عتق الام وتعتق الام بوجود الشرط وتعتق الجارية بعتقها وان كانت الجارية هى الاولى لم يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق وان لم يعلم فالغلام رقيق على كل حال لانه لا حال له فى الحرية أصلا سواء كان متقدما فى الولادة أو متأخرا الا انه ان كان أولا فذاك شرط عتق أمه لا شرط عتقه وعتق أمه لا يؤثر فيه لما بينا وان كانت الجارية أولا فولادتها لم تجعل شرط العتق فى حق أحد فلم يكن للغلام حال فى الحرية رأسا فكان رقيقا على كل حال وأما الجارية والام فيعتق من كل واحدة منهما نصفها وتسعى فى نصف قيمتها لان كل واحدة منهما تعتق فى حال وترق فى حال لان الغلام ان كان أولا عتقت الام والجارية أما الام فلوجود شرط العتق فيها وأما الجارية فلعتق الام لان الام اذا عتقت عتقت الجارية بعتق الام تبعا لها فعتقتا جميعا وان كانت الجارية أولا لا يعتقان لانه لم يوجد شرط العتق فى الام واذا لم تعتق الام لا تعتق الجارية لان عتقها بعتقها فاذا هما يعتقان فى حال ويرقان فى حال فيتنصف العتق فيهما فيعتق من كل واحدة منهما نصفها على الاصل المعهود لاصحابنا فى اعتبار الاحوال عند اشتباهها والعمل بالدليلين بقدر الامكان وروى عن محمد أنه يستحلف

المولى

المولى على علمه بالله تعالى ما يعلم الغلام ولد أولا فان نكل عن اليمين عتقت الام وابنتها وكان الغلام عبدا وان حلف
كانوا جميعا أرقاء وكذلك اذا لم يخاصم المولى حتى مات وخوصم وارثه بعده فاقر أنه لا يدرى وحلف بالله تعالى ما يعلم
الغلام ولد أولا رقوا ووجه هذه الرواية أن الاحوال انما تعتبر عند تعذر البيان والبيان ههنا ممكن بالرجوع الى قول
الحالف فلا تعتبر الاحوال والجواب أنه لا سبيل الى البيان باليمين ههنا لان الخصمين متفقان على أنهما لا يعلمان
الاول منهما فلا يجوز للقاضى أن يكلف المولى الحلف على أنه لا يعلم الاول منهما مع تصادقهما على ذلك وان اختلفا
فالقول قول المولى ان الجارية هى الاولى لانه ينكر العتق ولو قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان
كانت جارية فهى حرة فولدت غلاما وجارية فان علم أن الغلام كان أولا عتقت الام والجارية لا غير أما الام فلوجود
الشرط وأما الجارية فلعتق الام وأما رق الغلام فلانفصاله على حكم الرق فلا يؤثر فيه عتق الام وان علم أن الجارية
كانت هى الاولى عتقت هى لا غير لان المعلق بولادتها عتقها لا غير وعتقها لا يؤثر فى غيرها وان لم يعلم أيهما أول
فالجارية حرة على كل حال والغلام عبد على كل حال ويعتق نصف الام وتسعى فى نصف قيمتها أما حرية الجارية
على كل حال فلانه لا حال لها فى الرق لان الغلام ان كان أولا عتقت الجارية لان أمها تعتق فتعتق هى بعتق الام وان
كانت الجارية أولا فقد عتقت لوجود شرط العتق فى حقها فكانت حرة على كل حال وأما رق الغلام على كل حال
فلانه ليس له حال فى الحرية سواء ولد أولا أو آخرا وأما الام فانما يعتق نصفها لانها تعتق فى حال وترق فى حال لان
الغلام ان كان هو الاول تعتق الام والجارية أيضا بعتق الام وان كانت الجارية أولا تعتق الجارية لا غير لان المعلق
به عتقها لا غير وعتقها لا يتعدى الى عتق الام فاذا تعتق الام فى حال ولا تعتق فى حال فيعتق نصفها اعتبارا للاحوال
وان اختلفا فالقول قول المولى لما بينا ولو قال لها ان كان أول ولد تلدينه غلاما فهو حر وان كان جارية فانت حرة
فولدت غلاما وجارية فان علم أن الغلام ولد أولا عتق هو لا غير وان علم أن الجارية ولدت أولا عتقت الام والغلام
لا غير وان لم يعلم أيهما ولد أولا فالغلام حر على كل حال لانه لا حال له فى الرق سواء كان أولا أو آخرا والجارية رقيقة
على كل حال لانه لا حال لها فى الحرية تقدمت فى الولادة أو تأخرت لان الغلام ان كان هو الاول لا يعتق الا هو وان
كانت الجارية هى الاولى لا تعتق الا الام والغلام فلم يكن للجارية حال فى الحرية فبقيت رقيقة والام يعتق منها
نصفها وتسعى فى نصف قيمتها لان الجارية ان كانت هى الاولى تعتق الام كلها وان كان الغلام هو الاول لا يعتق شئ
منها فتعتق فى حال ولا تعتق فى حال فيعتق نصفها وتسعى فى النصف اعتبارا للحالين وعملا بهما بقدر الامكان وان
اختلفا فالقول قول المولى لما ذكرنا هذا اذا ولدت غلاما وجارية فاما اذا ولدت غلامين وجاريتين والمسئلة بحالها فان
علم أولهم أنه ابن يعتق هو لا غير لان المعلق عتقه لا غير يعتق هو لا غير عند وجود الشرط وان علم أنه جارية فهى رقيقة
ومن سواها أحرار لانه جعل ولادتها أولا شرط حرية الام فاذا وجد الشرط عتقت الام ويعتق كل من ولد بعد ذلك
بعتق الام تبعا لها وان لم يعلم من كان أولهم يعتق من الغلامين كل واحد منهما ثلاثة أرباعه ويسعى فى ربع قيمته
ويعتق من الام نصفها وتسعى فى نصف قيمتها ويعتق من البنتين من كل واحدة منهما ربعها وتسعى فى ثلاثة أرباع
قيمتها وانما كان كذلك أما الغلامان فلان أول من ولدت ان كان غلاما عتق الغلام كله لوجود الشرط وان كان
جارية عتق الغلامان لان الام تعتق ويعتق كل من ولد بعد ذلك وهم الغلامان والجارية الاخرى وقد تيقنا بحرية
أحد الغلامين وشككنا فى الآخر وله حالتان يعتق فى حال ولا يعتق فى حال فيجعل ذلك نصفين فيعتق غلام
واحد ونصف من الآخر ولا يعلم أيهما عتق كله وأيهما عتق نصفه فاستويا فى ذلك وليس أحدهما فى ذلك بأولى
من الآخر فيعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه ويسعى فى ربع قيمته وأما الام فانها تعتق فى حال ولا تعتق
فى حال لان أول ما ولدت ان كان غلاما لا تعتق أصلا وان كان جارية تعتق فتعتق فى حال وترق فى حال فيعتق
نصفها وتسعى فى نصفها وأما الجاريتان فاحداهما أمة بلا شك لان أول ما ولدت ان كان غلاما فهما رقيقان

وان كانت جارية فان الاولى لا تعتق وتعتق الاخرى بعتق الام فاذا فى حالة لهما حرية واحدة وفى حالة لا شئ لهما فيثبت لهما نصف ذلك وليست احداهما باولى من الاخرى فيصير ذلك بينهما نصفين وهو ربع الكل فيعتق من كل واحدة منهما ربعها وتسعى فى ثلاثة أرباع قيمتها والله عز وجل أعلم ولو قال لامته ان ولدت غلاما ثم جارية فانت حرة وان ولدت جارية ثم غلاما فالغلام حر فولدت غلاما وجارية فان كان الغلام أولا عتقت الام لوجود شرط عتقها والغلام والجارية رقيقان لانفصالهما على حكم الرق وعتق الام لا يؤثر فيهما وان كانت الجارية أولا عتق الغلام لوجود الشرط والام والجارية رقيقتان لان عتق الغلام لا يؤثر فيهما وان لم يعلم أيهما أولا واتفقا على انهما لا يعلمان ذلك فالجارية رقيقة لانه لا حال لها فى الحرية لانها ترق فى جميع الاحوال وأما الغلام والام فانه يعتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى فى نصف قيمته لان كل واحد منهما يعتق فى حال ويرق فى حال فيعتق نصفه ويسعى فى نصف قيمته واذا اختلفا فالقول قول المولى مع يمينه على علمه هذا اذا ولدت غلاما وجارية فاما اذا ولدت غلامين وجاريتين والمسئلة بحالها فان ولدت غلامين ثم جاريتين عتقت الام لوجود الشرط وعتقت الجارية الثانية بعتقها وبقى الغلامان والجارية الاولى أرقاء وان ولدت غلاما ثم جاريتين ثم غلاما عتقت الام لوجود الشرط والجارية الثانية والغلام الثانى بعتق الام وان ولدت غلاما ثم جارية ثم غلاما ثم جارية عتقت الام لوجود الشرط والغلام الثانى والجارية الثانية بعتق الام وان ولدت جاريتين ثم غلامين عتق الغلام الاول لوجود الشرط والغلام الثانى والجارية الثانية بعتق الام وان ولدت جاريتين ثم غلامين عتق الغلام الاول لوجود الشرط وبقى من سواه رقيقا وكذلك اذا ولدت جارية ثم غلامين ثم جارية عتق الغلام الاول لاغير لوجود شرط العتق فى حقه لاغير وكذلك اذا ولدت جارية ثم غلاما ثم جارية ثم غلاما عتق الغلام الاول لاغير لما قلنا وان لم يعلم بان اتفقوا على انهم لا يعلمون أيهم الاول يعتق من الاولاد من كل واحد ربعه لان أحد الغلامين مع احدى الجاريتين رقيقان على كل حال لانه ليس لهما حال فى الحرية والجارية الاخرى والغلام الآخر يعتق كل واحد منهما فى حال ويرق فى حال فيعتق من كل واحد نصفه فما أصاب الجارية يكون بينها وبين الجارية الاخرى نصفين اذ ليست احداهما باولى من الاخرى فيعتق من كل واحدة ربعها وكذلك ما أصاب الغلام يكون بينه وبين الغلام الآخر نصفين لما قلنا وأما الام فيعتق منها نصفها لانه ان سبق ولادة الغلام فتعتق لوجود الشرط وان سبقت ولادة الجارية لا تعتق فيعتق نصفها وتسعى فى نصف قيمتها وان اختلفوا فالقول قول المولى مع يمينه على علمه لما قلنا ولو قال لها ان ولدت ما فى بطنك فهو حر فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم حلف عتق ما فى بطنها وان جاءت به لستة أشهر فصاعدا لا يعتق لانها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر تيقنا بكونه موجودا وقت التعليق لان الولد لا يولد لاقل من ستة أشهر فتيقنا بكونه داخلا تحت الايجاب واذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا لم نتيقن بوجوده بل يحتمل ان لا يكون موجودا ثم وجد بعد فلا يدخل تحت الايجاب مع الشك وكذا اذا قال لها ما فى بطنك حر الا ان ههنا يعتق من يوم حلف وفى الفصل الاول يوم تلد لان هناك شرط الولادة ولم تشترط ههنا ولو قال لها اذا حملت فانت حرة فولدت لاقل من سنتين أو لسنتين من وقت الكلام لا تعتق وان ولدت لاكثر من سنتين تعتق لان يمينه يقع على حمل يحدث بعد اليمين فاذا ولدت لاقل من سنتين أو لسنتين يحتمل انها كانت حبلى من وقت الكلام لا تعتق وان ولدت لاكثر من سنتين أو لسنتين يحتمل انها كانت حبلى وقت اليمين ويحتمل انه حدث الحمل بعد اليمين فيقع الشك فى شرط ثبوت الحرية فلا تثبت الحرية مع الشك فاما اذا ولدت لاكثر من سنتين فقد تيقنا ان الحمل حصل بعد اليمين لان الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين فقد وجد شرط العتق وهو الحمل بعد اليمين فيعتق فان قيل أليس ان من أصلكم ان الوطء اذا كان مباحا تقدر مدة الحبل بستة أشهر فهلا قدر ثم ههنا كذلك فالجواب ان هذا من أصلنا فيما لم يكن فيه اثبات رجعة أو اعتاق بالشك ولو جعلنا مدة الحمل ههنا ستة أشهر لكان فيه اثبات العتق بالشك وهذا لا يجوز ثم ان ولدت بعد المقالة لاكثر من سنتين

حتى عتقت وقد كان وطئها قبل الولادة فان وطئها قبل الولادة لاقل من ستة أشهر فعليه العقر وان وطئها قبل الولادة لستة أشهر فصاعدا لا عقر عليه لانها اذا ولدت لاقل من ستة أشهر منذ وطئها علم انه وطئها وهي حامل لان الحمل لا يكون أقل من ستة أشهر فاذا وضعت لاقل من ستة أشهر بعد الوطء علم ان العلوق حصل قبل هذا الوطء فيجب عليه العقر لانه علم انه وطئها بعد ثبوت الحرية فاذا ولدت لستة أشهر فصاعدا من وقت الوطء يحتمل ان الحمل حصل بذلك الوطء فلا يجب العقر لان الوطء لم يصادف الحرية و يحتمل انه حصل بوطء قبله فيجب العقر فيقع الشك في وجوب العقر فلا يجب مع الشك و ينبغي في الورع والتنزه اذا قال لها هذه المقالة ثم وطئها ان يعتزلها حتى يعلم أحامل أم لا فان حاضت وطئها بعد ما طهرت من حيضها لجواز انها قد حملت بذلك الوطء فعتقت فاذا وطئها بعد ذلك كان وطء الحرة فيكون حراما فيعتزلها صيانة لنفسه عن الحرام فاذا حاضت تبين ان الحمل لم يوجد اذ الحامل لا تحيض ولهذا تستبرأ الجارية المشتراة بحيضة لدلالتها على فراغ الرحم ولو باع هذه الجارية قبل ان تلد ثم ولدت في يد المشترى ينظر ان ولدت لاقل من سنتين أو لسنتين بعد اليمين يصح البيع لجواز ان الولد حدث بعد اليمين فلا يبطل البيع بالشك وان ولدت لاقل من سنتين بعد اليمين ينظر ان كان ذلك لاقل من ستة أشهر قبل البيع لا يجوز البيع لانه حدث الولد قبل البيع فعتقت هي وولدها و بيع الحر لا يجوز وان كان ذلك لستة أشهر فصاعدا من وقت البيع فانها لا تعتق لان من الجائز ان الولد حدث بعد البيع والبيع قد صح فلا ينفسخ بالشك ولو قال لها ان كان حملك غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فكان حملها غلاما وجارية لم يعتق أحد منهم لان الحمل اسم لجميع ما في الرحم قال الله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن والمراد منه جميع ما في البطن حتى لا تنقضي العدة الا بوضع جميع ما في الرحم وليس كل الحمل الغلام وحده ولا الجارية وحدها بل بعضه غلام و بعضه جارية فصار كانه قال ان كان كل حملك غلاما فانت حرة وان كان كل حملك جارية فهي حرة فولدت غلاما وجارية فلا يعتق أحدهم وكذلك لو قال ان كان ما في بطنك لان هذا عبارة عن جميع ما في بطنها ولو قال ان كان في بطنك عتق الغلام والجارية لان قوله ان كان في بطنك غلام ليس عبارة عن جميع ما في البطن بل يقتضي وجوده وقد وجد غلام ووجد أيضا جارية فعتقا ولو قال لها ان كنت حبلى فانت حرة فولدت لاقل من ستة أشهر فهي حرة وولدها وان ولدت لستة أشهر أو أكثر لم يعتق لان أقل مدة الحمل ستة أشهر فاذا أتت لاقل من ستة أشهر علم ان الحمل كان موجودا وقت اليمين فتعتق الام لوجود شرط عتقها وهو كونها حاملا وقت اليمين و يعتق الحمل بعتقها تبعا لها واذا أتت لستة أشهر أو أكثر يحتمل ان يكون بحمل حادث بعد اليمين فلا يعتق و يحتمل ان يكون بحمل موجود وقت اليمين فيعتق فوقع الشك في العتق فلا يعتق مع الشك ومن هذا القبيل التدبير والاستيلاد لان كل واحد منهما تعليق العتق بشرط الموت الا ان التدبير تعليق بالشرط قولا والاستيلاد تعليق بالشرط فعلا لكن الشرط فيهما يدخل على الحكم لا على السبب ولكل واحد منهما كتاب مفرد وأما التعليق المحض بما سوى الملك وسببه معنى لا صورة فنحو ان يقول لامته كل ولد تلدينه فهو حر وهذا ليس بتعليق من حيث الصورة لانعدام حرف التعليق وهو ان واذا ونحو ذلك لان كلمة كل ليست كلمة تعليق بل هي كلمة الاحاطة بما دخلت عليه لكنه تعليق من حيث المعنى لوجود معنى التعليق فيه لانه أوقع العتق على موصوف بصفة وهو الولد الذي تلده فيتوقف وقوع العتق على اتصافه بتلك الصفة كما يتوقف على وجود الشرط المعلق به صريحا في قوله ان ولدت ولدا أو ان دخلت الدار ونحو ذلك فكان معنى التعليق موجودا فيه فلا يصح الا اذا كانت الامة في ملكه وقت التعليق حتى لو قال لامة لا يملكها كل ولد تلدينه فهو حر لا يصح حتى لو اشتراها فولدت منه ولدا لا يعتق الولد لعدم الملك وقت التعليق وعدم الاضافة الى الملك وسببه و يصح اذا كانت الامة في ملكه وقت التعليق وقيام الملك في الامة يكفي لصحته ولا يشترط اضافة الولادة الى الملك للصحة بان يقول كل ولد تلدينه وأنت في ملكي فهو حر لما بينا فيما تقدم ثم ان ولدت في ملكه يعتق الولد لوجود الشرط في الملك وان ولدت في غير ملكه

لا يعتق لعدم الملك وتبطل اليمين لوجود الشرط كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه فدخل الدار يبطل اليمين حتى لو اشتراه ثانيا فدخل الدار لا يعتق كذا هذا وعلى هذا اذا قال لعبد عليكم أولا علكم كل ولد يولد لك فهو حر فولد له ولد من أمة فان كانت الامة ملك الحالف يوم حلف عتق الولد والا فلا وينظر فى ذلك الى ملك الامة لا الى ملك العبد لان الولد فى الرق والحرية يتبع الام لا الاب فاذا كانت الامة على ملكه وقت التكلم فالظاهر بقاء الملك فيها الى وقت الولادة وملك الام سبب ثبوت ملك الولد فصار كانه قال كل ولد يولد لك من أمة لى فهو حر فاذا لم تكن الامة مملوكة له فى الحال فالظاهر بقاؤه على العدم لا يوجد ملك الولد وقت الولادة ظاهرا فلم يوجد التعليق فى الملك ولا الاضافة الى الملك فلا يصح هذا اذا ولد الولد من أمة مملوكة للحالف من نكاح فاما اذا ولد منها من سفاح بان زنى العلام بها فولدت منه هل يعتق أم لا فقد اختلف المشايخ فيه وهى من مسائل الجامع ولو قال لامته أول ولد تلدينه فهو حر او ان ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم ولدت ولدا حيا لا شك فى انه لا يعتق الولد الميت وان كان الولد الميت ولدا حقيقة وهل يعتق الولد الحى قال أبو حنيفة يعتق وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق وحاصل الكلام يرجع الى كيفية الشرط ان الشرط ولادة ولد مطلق أو ولادة ولد حى فعندهما الشرط ولادة ولد مطلق فاذا ولدت ولدا ميتا فقد وجد الشرط فينحل اليمين فلا يتصور نزول الجزاء بعد ذلك وعند أبى حنيفة الشرط ولادة ولد حى فلم يتحقق الشرط بولادة ولد ميت فيبقى اليمين فينزل الجزاء عند وجود الشرط وهو ولادة ولد حى وجه قولهما ان الحالف جعل الشرط ولادة ولد مطلق لانه أطلق اسم الولد ولم يقيده بصفة الحياة والموت والولد الميت ولد حقيقة حتى تصير المرأة به نفساء وتنقضى به العدة وتصير الجارية أم ولد له ولهذا لو كان المعلق عتق عبد آخر أو طلاق امرأة نزل عند ولادة ولد ميت وكذا اذا قال لها ان ولدت ولدا فهو حر وعبدى فلان فولدت ولدا ميتا عتق عبده ولو لم تكن هذه الولادة شرطا لما عتق فاذا ولدت ولدا ميتا فقد وجد الشرط لكن المحل غير قابل للجزاء فينحل اليمين لا الى جزاء وتبطل كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه قبل الدخول ثم دخل تنحل اليمين لكن لا الى جزاء حتى لو اشتراه ودخل لا يعتق وان أمكن تقييد التعليق بالملك كانه قال ان دخلت الدار وأنت فى ملكى ومع ذلك لم يتقيد به كذا ههنا ولابى حنيفة ان الايجاب أضيف الى محل قابل للحرية اذ العاقل الذى لا يقصد ايجاب الحرية فيما لا يحتمل الحرية لانه سفه والقابل للحرية هو الولد الحى فيتقيد به كانه قال أول ولد تلدينه حيا فهو حر كما اذا قال لآخر ان ضربتك فعبدى حر انه يتقيد بحال الحياة للمضروب حتى لو ضربه بعد موته لا يحنث لعدم قبول المحل للضرب كذا ههنا ولا فرق سوى ان ههنا تقيد لنزول الجزاء وهناك تقيد لتحقق الشرط بخلاف ما اذا علق بالولادة عتق عبد آخر أو طلاق امرأته لان هناك المحل المضاف اليه الايجاب قابل للعتاق والطلاق فلا ضرورة الى التقييد بحياة الولد كما اذا قال لها ان ولدت ولدا فأنت حرة أو قال أول ولد تلدينه فأنت حرة فولدت ولدا ميتا عتقت وههنا بخلافه وهو الجواب عن قوله اذا ولدت ولدا فهو حر وعبدى فلان ان ولادة الولد الميت تصلح شرطا فى عتق عبد آخر لكون المحل قابلا للتعليق ولا تصلح شرطا فى عتق الولد لعدم قبول المحل ويجوز أن يعلق بشرط واحد جزا آن ثم ينزل عند وجود أحدهما دون الآخر لمانع كمن قال لامرأته اذا حضت فأنت طالق وفلانة معك فقالت حضت فكذبها يقع الطلاق عليها ولا يقع على الاخرى وان كان الشرط واحدا كذا هذا وأما التعليق بدخول الدار فانما لم يتقيد بالملك لان التقييد للتصحيح والايجاب هناك صحيح بدون الملك لقبول المحل العتق عند وجود الشرط ألا ترى انه يقف على اجازة المالك والباطل لا يقف على الاجازة وانما الملك شرط النفاذ أما ههنا فلا وجه لتصحيح الايجاب فى الميت رأسا لعدم احتمال المحل اذ لا سبيل الى اعتاق الميت بوجه فدعت الضرورة الى التقييد بصفة الحياة وذكر محمد فى الاصل اذا قال أول عبد يدخل على فهو حر فادخل عليه عبد ميت ثم حى عتق الحى ولم يذكر خلافا فمن أصحابنا من قال هذا قول أبى حنيفة خاصة لان ما أضيف اليه الايجاب وهو العبد لا يحتمل الوجوب الا بصفة الحياة فصار

كانه قال أول عبد يدخل على حيا فهو حر كما فى الولادة فأما على قولهما فلا يعتق لان الحالف أطلق اسم العبد فيجرى على اطلاقه ولا يقيد بحياة العبد كما فى الولادة ومنهم من قال هذا قولهم جميعا قال القدورى وهو الصحيح لانه علق العتق باسم العبد والعبد اسم للمرقوق وقد بطل الرق بالموت فلم يوجد الشرط بادخاله عليه فيعتق الثانى لوجود الشرط فى حقه بخلاف الولد لان الولد اسم للمولود والميت مولود حقيقة فان قيل الرق لا يبطل بالموت بدليل انه يجب على المولى كفن عبده الميت فالجواب ان وجوب الكفن لا يدل على الملك ألا ترى ان من مات ولم يترك شيأ فكفنه على أقاربه وان لم يكن هناك ملك واذا زال ملكه عن الميت صار الثانى أول عبد من عبيده ادخل عليه فوجد الشرط فيعتق ومن هذا القبيل قول الرجل كل مملوك لى فهو حر ويقع على ما فى ملكه فى الحال حتى لو لم يكن يملك شيأ يوم الحلف كان اليمين لغوا حتى لو ملكه فى المستقبل لا يعتق لان هذا الكلام لا يستعمل الا للحال فلا يتعلق به عتق ما ليس بمملوك له فى الحال وكذا اذا علق بشرط قدم الشرط أو أخر بان قال ان دخلت هذه الدار فكل مملوك لى حر او قال اذا دخلت أو اذا ما دخلت أو متى دخلت أو متى ما دخلت أو قال كل مملوك لى حر ان دخلت الدار فهذا كله على ما فى ملكه يوم حلف وكذا اذا قال كل مملوك أملكه ولا نية له لان صيغة أفعل وان كانت تستعمل للحال والاستقبال لكن عند الاطلاق يراد به الحال عرفا وشرعا ولغة أما العرف فان من قال فلان يأكل أو يفعل كذا يريد به الحال أو يقول الرجل أنا أملك ألف درهم يريد به الحال وأما الشرع فان من قال أشهد أن لا اله الا الله يكون مؤمنا ولو قال أشهد أن لفلان على فلان كذا يكون شاهدا ولو قال أقر ان لفلان على كذا صح اقراره وأما اللغة فان هذه الصيغة موضوعة للحال على طريق الاصالة لانه ليس للحال صيغة أخرى وللاستقبال السين وسوف فكانت الحال أصلا فيها والاستقبال دخيلا فعند الاطلاق يصرف الى الحال ولو قال عنيت به ما استقبل ملكه عتق ما فى ملكه للحال وما استحدث الملك فيه لما ذكرنا ان ظاهر هذه الصيغة للحال فاذا قال أردت به الاستقبال فقد أراد صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدق فيه ويصدق فى قوله اردت ما يحدث ملكى فيه فى المستقبل فيعتق عليه باقراره كما اذا قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم ثم قال لى امرأة أخرى بهذا الاسم عنيتها طلقت المعروفة بظاهر هذا اللفظ والمجهولة باعترافه كذا ههنا وكذا لو قال كل مملوك أملكه الساعة فهو حر ان هذا يقع على ما فى ملكه وقت الحلف ولا يعتق ما يستفيده بعد ذلك الا أن يكون نوى ذلك فيلزمه ما نوى لان المراد من الساعة المذكورة هى الساعة المعروفة عند الناس وهى الحال لا الساعة الزمانية التى يذكرها المنجمون فيتناول هذا الكلام من كان فى ملكه وقت التكلم لا من يستفيده بعده فان قال أردت به من أستفيده فى هذه الساعة الزمانية يصدق فيه لان اللفظ يحتمله وفيه تشديد على نفسه ولكن لا يصدق فى صرفه اللفظ عمن يكون فى ملكه للحال سواء أطلق أو علق بشرط قدم الشرط أو أخر بان قال ان دخلت الدار فكل مملوك أملكه حر او قال كل مملوك أملكه حر ان دخلت الدار فهذا والاول سواء فى ان اليمين انما يتعلق بما فى ملكه يوم حلف لانه علق العتق بشرط فيتناول ما فى ملكه لا بما يستفيده كما اذا قال كل عبد يدخل الدار فهو حر فان قال أردت به ما استحدث ملكه عتق ما فى ملكه اذا وجد الشرط باليمين وما يستحدث باقراره لانه لا يصدق فى صرف الكلام عن ظاهره ويصدق فى التشديد على نفسه فان لم يكن فى ملكه يوم حلف مملوك فاليمين لغو لانها تتناول الحال فاذا لم يكن له مملوك للحال لا تنعقد اليمين لانعدام المحلوف عليه بخلاف قوله ان كلمت فلانا أو ان دخلت الدار فكل مملوك اشتريه فهو حر أو كل امرأة أتزوجها فهى طالق لان قوله أشترى أو أتزوج لا يحتمل الحال فاقتضى ملكا مستأنفا وقد جعل الكلام أو الدخول شرطا لانعقاد اليمين فيمن يشترى أو يتزوج فيعتبر ذلك بعد اليمين ولو قال كل مملوك أملكه اليوم فهو حر ولا نية له وله مملوك فاستفاد فى يومه ذلك مملوكا آخر عتق ما فى ملكه وما استفاد ملكه فى اليوم لو قال هذا الشهر أو هذه السنة لانه لما وقت باليوم أو الشهر أو السنة فلا بد وان يكون التوقيت مقيدا ولو لم يتناول الا ما فى ملكه يوم الحلف لم يكن مقيدا فان قال عنيت به أحد الصنفين دون الآخر لم يدين فى القضاء لانه

نوى تخصيص العموم وانه خلاف الظاهر فلا يصدق فى القضاء و يصدق فيما بينه و بين الله عز وجل لان الله مطلع على نيته ولو قال كل مملوك أملكه غدا فهو حر ولا نية له ذكر محمد فى الجامع انه يعتق من ملكه فى غد ومن كان فى ملكه قبله وهو قوله فى الاملاء أيضا وهو احدى روايتى ابى سماعة عنه وقال أبو يوسف لا يعتق الا من استفاد ملكه فى غد ولا يعتق من جاء غد وهو فى ملكه وهو احدى روايتى ابن سماعة عن محمد وجه قول محمد انه أوجب العتق لكل من يضاف اليه الملك فى غد فيتناول الذى ملكه فى غد والذى ملكه قبل الغد كانه قال فى الغد كل مملوك أملكه اليوم فهو حر فيتناول الكل وجه قول أبى يوسف ان قوله أملك ان كان للحال عند الاطلاق ولكنه لما أضاف العتق الى زمان فى المستقبل انصرف الى الاستقبال بهذه القرينة كما ينصرف اليه بقرينة السين فلا يتناول الحال وعلى هذا الخلاف اذا قال كل مملوك أملكه رأس شهر كذا فهو حر ورأس الشهر الليلة التى يهل فيها الهلال ومن الغد الى الليل وكان القياس أن يكون رأس الشهر أول ساعة منه لان رأس كل شهر ما رأس عليه وهو أوله الا انهم جعلوه اسما لما ذكرنا للعرف والعادة فانه يقال فى العرف والعادة لاول يوم من الشهر هذا رأس الشهر وروى ابن سماعة عن أبى يوسف فيمن قال كل مملوك أملكه يوم الجمعة فهو حر قال ليس هذا على ما فى ملكه انما هو على ما يملكه يوم الجمعة فهذا على أصل أبى يوسف صحيح لانه أضاف العتق الى زمان مستقبل فان قال كل مملوك لى حر يوم الجمعة فهذا على من فى ملكه يعتقون يوم الجمعة ليس هو على ما يستقبل لانه عقد يمينه على من فى ملكه فى الحال وجعل عتقهم موقتا بالجمعة فلا يدخل فيه الاستقبال فاما اذا قال كل مملوك أملكه اذا جاء غد فهو حر فهذا على ما فى ملكه فى قولهم لانه جعل مجىء الغد شرطا لثبوت العتق لا غير فيعتق من فى ملكه لكن عند مجىء غد والله عز وجل أعلم ومن هذا القبيل الاعتاق المضاف الى المجهول عند بعض مشايخنا الا انه تعليق معنى لا صورة ولا يثبت العتق فى أحدهما قبل الاختيار وانما ثبت عند الاختيار فى أحدهما عينا وهو الذى يختار العتق فيه مقصورا على الحال كانه علق عتق أحدهما بشرط اختيار العتق فيه كالتعليق بسائر الشروط ومن دخول الدار وغير ذلك الا انه ثمة الشرط يدخل على السبب والحكم جميعا وههنا يدخل على الحكم لا على السبب كالتدبير والبيع بشرط الخيار كذا قال بعض مشايخنا فى كيفية الاعتاق المضاف الى المجهول و بعضهم نسب هذا القول لابى يوسف و يقال انه قول أبى حنيفة أيضا وقال بعضهم هو تنجيز العتق فى غير العتق للحال واختيار العتق فى أحدهما بيان وتعيين لمن وقع عليه العتق بالكلام السابق من حين وجوده و بعضهم نسب هذا القول الى محمد والحاصل ان الخلاف فى كيفية هذا التصرف على الوجه الذى وصفنا غير منصوص عليه من أصحابنا لكنه مدلول عليه ومشار اليه أما الدلالة فانه ظهر الاختلاف بين أبى يوسف ومحمد فى الطلاق فيمن قال لامرأتيه احدا كما طالق ان العدة تعتبر من وقت الاختيار فى قول أبى يوسف والعدة انما تجب من وقت وقوع الطلاق فيدل على ان الطلاق لم يكن واقعا وانما يقع عند الاختيار مقصورا عليه وفى قول محمد تعتبر من وقت الكلام السابق وهذا يدل على ان الطلاق قد وقع من حين وجوده وانما الاختيار بيان وتعيين لمن وقع عليها الطلاق وأما الاشارة فانه روى عن أبى يوسف انه قال اذا أعتق أحد عبديه تعلق العتق بذمته و يقال له أعتق وهذا اشارة الى ان العتق غير نازل فى المحل اذ لو كان نازلا لما كان معلقا بالذمة ومعنى قوله يقال له أعتق أى اختر العتق لاجماعنا على انه لا يكلف بانشاء الاعتاق وذكر محمد فى الزيادات يقال له بين وهذا اشارة الى الوقوع فى غير المعين لان البيان للموجود لا للمعدوم والى هذا ذهب الكرخى والقدورى وحققا الاختلاف بين أبى يوسف ومحمد الا ان القدورى حكى عن الكرخى انه كان يفرق بين العتاق والطلاق فيجعل الاختيار بيانا فى الطلاق بالاجماع من قبل ان العتاق يحتمل الثبوت فى الذمة والطلاق لا يحتمل قال وكان غيره من أصحابنا يسوى بينهما لان الطلاق أيضا يحتمل الثبوت فى الذمة فى الجملة ألا ترى ان الفرقة واجبة على العنين وانما يقوم القاضى مقامه فى التفريق وهو الصحيح انهما يستويان لان تعلق العتق بالذمة ليس معناه الا انعقاد سبب الوقوع من غير وقوع وهو معنى حق الحرية دون

الحقيقة

الحقيقة وهما فى هذا المعنى مستويان وجه القول الاول ان قوله احدكما حر تنجيز الحرية فى أحدهما وليس بتعليق حقيقة لانعدام حرف التعليق الا انه تنجيز فى غير المعين فيتعين بالاختيار وجه القول الثانى ان العتق اما ان يثبت باختيار العتق واما ان يثبت بالكلام السابق والثانى لا سبيل اليه لان اختيار العتق لم يعرف اعتاقا فى الشرع الا ترى انه لو قال لعبده اخترت عتقك لا يعتق فلا بد وان يثبت بالكلام السابق فلا يخلو اما ان يثبت حال وجوده فى أحدهما غير عين و يتعين باختياره واما ان يثبت عند وجود الاختيار فى أحدهما عينا وهو تفسير التعليق بشرط الاختيار لا وجه للاول لانه ربما يختار غير الحر فيلزم القول بانتقال الحرية من الحر الى الرقيق أو انتقال الرق من الرقيق الى الحر أو استرقاق الحر والاول محال والثانى غير مشروع فتعين الثانى ضرورة وهى ان يثبت العتق عند وجود الاختيار بالكلام السابق مقصورا على حال الاختيار وهو تفسير التعليق ثم القائلون بالبيان اختلفوا فى كيفية البيان منهم من قال البيان اظهار محض ومنهم من قال هو اظهار من وجه وانشاء من وجه واستدلوا بما ذكر محمد فى الزيادات فى موضع يقال له بين وفى موضع يقال له أعتق وزعموا ان المسائل تتخرج عليه وهذا غير سديد لان القول الواحد لا يكون اظهارا وانشاء اذ الانشاء اثبات أمر لم يكن والاظهار إبداء أمر قد كان وبينهما تناف وثمرة هذا الاختلاف تظهر فى الاحكام وانها فى الظاهر متعارضة بعضها يدل على صحة القول الاول وبعضها يدل على صحة القول الثانى ونحن نشير الى ذلك اذا انتهينا الى بيان حكم الاعتاق وبيان وقت ثبوت حكمه فاما ترجيح أحد القولين على الآخر وتخريج المسائل عليه فنذكر ان فى الخلافيات وأما التعليق بالملك أو بسببه صورة ومعنى فنحو ان يقول لعبد لا يملكه ان ملكتك فانت حر أو ان اشتريتك فأنت حر وانه صحيح عندنا حتى لو ملكه أو اشتراه يعتق وان لم يكن الملك موجودا وقت التعليق وقال الشافعى لا يصح ولا يعتق وقال بشر المريسى يصح التعليق بالملك ولا يصح بسبب الملك وهو الشراء أما الكلام مع الشافعى فعلى نحو ما ذكرنا فى كتاب الطلاق وأما مع بشر فوجه قوله ان اليمين بالطلاق والعتاق لا يصح الا فى الملك أو مضافا الى الملك ولم توجد الاضافة الى الملك لان الشراء قد يفيد الملك للمشترى وقد لا يفيد كالشراء بشرط الخيار وشراء الوكيل فلم توجد الاضافة الى الملك فلا يصح بخلاف قوله ان ملكتك ولنا ان مطلق الشراء ينصرف الى الشراء المتعارف وهو الشراء لنفسه ومن غير شرط الخيار وانه من أسباب الملك فكان ذكره ذكرا للملك والاضافة اليه اضافة الى الملك كانه قال ان ملكتك فأنت حر ولانه لما علق العتق بالشراء ولا بد من الملك عند الشراء لثبوت العتق كان هذا تعليق العتق بالشراء الموجب للملك كانه قال ان اشتريتك شراء موجبا للملك فانت حر فاذا اشتراه شراء موجبا للملك فقد وجد الشرط فيعتق ولو قال ان تسريت جارية فهى حرة فاشترى جارية فتسراها لا تعتق عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تعتق ولو تسرى جارية كانت فى ملكه يوم حلف عتقت بالاجماع وجه قول زفر انه وجدت الاضافة الى الملك لان التسرى لا يصح بدون الملك فكانت الاضافة الى التسرى اضافة الى الملك فيصح التعليق ولنا انه لم يوجد الملك وقت التعليق ولا الاضافة الى الملك والكلام فيه ولا الى سبب الملك لان التسرى ليس من أسباب الملك ألا ترى انه يتحقق فى غير الملك كالجارية المغصوبة واليمين بالعتاق والطلاق لا يصح الا فى الملك أو مضافا الى الملك أو سببه ولم يوجد شىء من ذلك وأما قوله ان التسرى لا صحة له بدون الملك فهذا مسلم ان الملك شرط صحة التسرى وجوازه لكن الحالف جعل وجوده شرط العتق والتسرى نفسه يوجد من غير ملك فلم يكن التعليق به تعليقا بسبب الملك فلم يصح ثم اختلف فى تفسير التسرى قال أبو حنيفة ومحمد هو ان يطأها ويحصنها ويمنعها من الخروج والبروز سواء طلب منها الولد أو لم يطلب وقال أبو يوسف طلب الولد مع التحصين شرط وجه قوله ان الانسان يطأ جاريته ويحصنها ولا يقال لها سرية وانما يقال ذلك اذا كان يطلب منها الولد أو تكون أم ولده هذا هو العرف والعادة ولهما انه ليس فى لفظ التسرى ما يدل على طلب الولد لانه لا يخلو اما ان يكون مأخوذا من السرو وهو الشرف فتسمى الجارية سرية بمعنى انه أسرى الجوارى أى أشرفهن واما

ان يكون مأخوذا من السر وهو الجماع قال الله تعالى ولكن لا تواعدوهن سرا قيل جماعا وليس فى أحدهما ما ينبئ عن طلب الولد ولو وطئ جارية كانت فى ملكه يوم الحلف فعلقت منه لم تعتق لعدم التسرى لانه لم يوجد منه الا الوطء والوطء وحده لا يكون تسريا بلا خلاف فلم يوجد شرط العتق فلا تعتق ولو قال لامرأة حرة ان ملكتك فانت حرة أو قال لها ان اشتريتك فأنت حرة فارتدت عن الاسلام ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها الحالف ذكر محمد فى الجامع أن على قياس قول أبى حنيفة لا تعتق وعند أبى يوسف ومحمد تعتق يعنى به قياس قوله فى المكاتب والعبد المأذون اذا قال كل عبد أملكه فيما استقبل فهو حر أو قال كل عبد أشتريه فهو حر فيعتق ثم ملك عبدا أو اشترى عبدا على قول أبى حنيفة لا يعتق وعلى قولهما يعتق والمسئلة تأتى فى موضعها ولو قال لامة لا يملكها ان اشتريتك فأنت حرة بعد موتى فاشتراها صارت مدبرة لانه علق تدبيرها بسبب الملك وهو الشراء لان قوله أنت حرة بعد موتى صورة التدبير وقد علقه بالشراء فيصير عند الشراء قائلا أنت حرة بعد موتى وأما التعليق بالملك أو بسببه معنى لا صورة فهو ان يقول الحر كل مملوك أملكه فيما يستقبل فهو حر ويتعلق العتق بملك يستفيده لانه نص على الاستقبال وروى ابن سماعة عن محمد فى النوادر اذا قال كل جارية أشتريها الى سنة فهى حرة فكل جارية يشتريها الى سنة فهى حرة ساعة يشتريها قال وان قال كل جارية أشتريها فهى حرة الى سنة فاشترى جارية لم تعتق الى سنة لانه فى الفصل الاول عقد يمينه على الشراء فى السنة فتعتق كل جارية يشتريها فى السنة ساعة الشراء كانه قال عند الشراء أنت حرة فتعتق وفى الفصل الثانى جعل الشراء شرطا العتق مؤقت بالسنة فكانه قال بعد الشراء أنت حرة الى سنة قال ولو قال كل مملوك أشتريه فهو حر غدا فهذا عندى على كل مملوك يشتريه قبل الغد وان اشترى مملوكا غدا لا يعتق لانه جعل الشراء شرطا لزوال حرية مؤقتة بوجود الغد فلا بد من تقدم الملك على الغد لينزل العتق الموقت به ولو قال كل مملوك أملكه الى ثلاثين سنة فهذا على ما يستقبل ملكه فى الثلاثين سنة أولها من حين حلف بعد سكوته فى قولهم جميعا ولا يكون على ما فى ملكه قبل ذلك لانه لما أضاف العتق الى الاستقبال تعين اللفظ للمستقبل واذا انصرف الى الاستقبال لا يحمل على الحال اذ اللفظ الواحد لا ينتظم معنيين مختلفين بخلاف قوله غدا عند محمد لان ذاك ليس أصلا الى الاستقبال بل هو ايقاع عتق على موصوف بصفة فيتناول كل من كان على تلك الصفة وكذلك اذا قال كل مملوك أملكه ثلاثين سنة أو فى ثلاثين سنة أو قال أملكه الى سنة أو سنة أو فى سنة أو قال أملكه أبدا أو الى ان أموت فهذا كله باب واحد يدخل فيه ما يستقبل دون ما كان فى ملكه لانه أضاف الحرية الى المستقبل فان قال أردت بقولى كل مملوك أملكه سنة ان يكون ما فى ملكه يوم حلف مستدا ما سنة دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين فى القضاء لان الظاهر انه انما وقت السنة لاستفادة الملك لا لاستمرار الملك القائم فلا يصدق فى العدول عن الظاهر ولو قال ان دخلت الدار فكل مملوك أملكه يومئذ فهو حرا وقال اذا قدم فلان فكل مملوك أملكه يومئذ فهو حر ولا نية له عتق ما فى ملكه يوم دخل الدار لانه علق عتق كل عبد يكون مملوكا له يوم الدخول بالدخول لان معنى قوله يومئذ أى يوم الدخول هذا هو مقتضى اللغة لان تقديره يوم اذا دخل الدار لانه حذف الفعل وعوض عنه بالتنوين فيعتق كل ما كان مملوكا له يوم الدخول فكانه قال عند الدخول كل مملوك لى فهو حر وسواء دخل الدار ليلا أو نهارا لان اليوم يذكر ويراد به الوقت المطلق قال الله سبحانه وتعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير وهذا الوعيد يلحق المولى دبره ليلا ونهارا ولان غرض الحالف الامتناع من تحصيل الشرط فلا يختص بوقت دون وقت ولو قال كل مملوك اشتريته فهو حر ان كلمت أو اذا كلمت فلانا أو اذا جاء غد ولا نية له فهذا يقع على ما يشتريه قبل الكلام فكل مملوك اشتراه قبل الكلام ثم تكلم عتق وما اشتراه بعد الكلام لا يعتق ولو قدم الشرط فقال ان كلمت فلانا أو اذا كلمت فلانا أو اذا جاء غد فكل مملوك اشتريته فهو حر فهذا على ما يشتريه بعد الكلام لا قبله حتى لو كان اشترى مماليك قبل الكلام ثم كلم لا يعتق واحد منهم وما اشترى بعده يعتق ووجه الفرق ان فى

الفصل

الفصل الاول جعل الكلام شرط انحلال اليمين لان قوله كل مملوك أشتريه فهو حر يمين تامة لوجود الشرط والجزاء فاذا قال ان كلمت فلانا فقد جعل كلام فلان غاية لانحلالها فاذا كلمه انحلت فلا يدخل ما بعد الكلام كقوله كل مملوك لي حر ان دخلت الدار وفي الفصل الثاني جعل كلام فلان شرط انعقاد اليمين فاذا كلمه الآن انعقدت اليمين فيدخل فيه ما بعده لا ما قبله فيصير كانه قال عند الكلام كل مملوك أشتريه فهو حر وذلك يتناول المستقبل ولو قال كل مملوك أشتريه اذا دخلت الدار فهو حر او قال ان قدم فلان فهذا على ما يشترى بعد الفعل الذي حلف عليه ولا يعتق ما اشترى قبل ذلك الا ان يعينهم لانه جعل دخول الدار شرطا لانعقاد اليمين فيصير عند دخول الدار كانه قال كل مملوك أشتريه فهو حر والدليل على انه جعل دخول الدار شرط انعقاد اليمين ان قوله كل مملوك أشتريه شرط وقوله اذا دخلت الدار شرط آخر ولا يمكن ان يجعلا شرطا واحدا لعدم حرف العطف ولا سبيل الى الغاء الشرط الثاني لان الغاء تصرف العاقل مع امكان تصحيحه خارج عن العقل ولتصحيحه وجهان احدهما ان يجعل الشرط الثاني مع جزائه يمينا وجزاء الشرط الاول وحينئذ لا بد من ادراج حرف الفاء لان الجزاء المتعقب للشرط لا يكون بدون حرف الفاء وفيه تغيير والثاني ان يجعل شرط الانعقاد وفيه تغيير أيضا بجعل المقدم من الشرطين مؤخرا الا ان التغيير فيه أقل لان فيه تبديل محل الكلام لا غير وفي الاول اثبات ما ليس بثابت فكان الثاني أقل تغييرا فكان التصحيح به أولى وتسمى هذه اليمين اليمين المعترضة لاعتراض شرط بين الشرط والجزاء ولو نوى الوجه الاول صحت نيته لان اللفظ يحتمله ولهذا قال محمد الا ان يعني غير ذلك فيكون على ما عنى ولو قال المكاتب أو العبد المأذون كل عبد أملكه فهو حر فعتق ثم ملك عبدا لا يعتق لان قوله أملك للحال لما يتناوله للحال نوع ملك الا انه غير صالح للاعتاق فتنحل اليمين لا الى جزاء ولو قال كل مملوك أملكه اذا أعتقت فهو حر فعتق فملك عبدا اعتق لانه علق العتق بالملك الحاصل له بعد عتقه وانه ملك صالح للاعتاق فصحت الاضافة بخلاف الصبي اذا قال كل مملوك أملكه بعد البلوغ فهو حر ثم بلغ فملك عبدا انه لا يعتق لان الصبي ليس من أهل الاعتاق تنجيزا او تعليقا لكونه من التصرفات الضارة المحضة فاما العبد فهو من أهله لكونه عاقلا بالغا الا انه لا ينفذ تنجيز العتق منه لعدم شرطه وهو الملك الصالح فاذا علق بملك يصلح شرطا له صح ولو قال كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر او قال كل مملوك أشتريه فهو حر فعتق فملك بعد ذلك عبدا أو اشترى عبدا لا يعتق عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يعتق وجه قولهما ان قوله أملكه فيما استقبل يتناول كل ما يملكه الى آخر عمره فيعمل بعموم اللفظ كما في الحر ولان في الحمل على الاستقبال تصحيح تصرفه وفي الحمل على الحال ابطال فكان الحمل على الاستقبال أولى ولابي حنيفة ان للمكاتب نوع ملك ضروري ينسب اليه في حالة الرق في حالة الكتابة بمنزلة المجاز لمقابلة الملك المطلق ألا ترى الى قول النبي صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال الحديث أضاف المال اليه بلام الملك دل ان له نوع ملك فهو مراد بهذا الايجاب بالاجماع بدليل انه لو قال ان ملكت هذا العبد بعينه في المستقبل فهو حر فملكه في حال الكتابة فباعه ثم اشتراه بعد ما صار حرا لا يعتق وتنحل اليمين بالشراء الاول لان الملك المجازي مراد فخرجت الحقيقة عن الارادة كي لا يؤدي الى الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد وقد قالوا في عبد قال لله تعالى على عتق نسمة أو اطعام مسكين لزمه ذلك وكان عليه اذا اعتق لان هذا ايجاب الاعتاق والاطعام في الذمة وذمته تحتمل الايجاب فيصح ويلزمه الخروج عنه بعد العتق ولو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر او ان اشتريت هذه الشاة فهي هدي لم يلزمه ذلك في قياس قول أبي حنيفة حتى يضيف الى ما بعد العتق فيقول ان اشتريته بعد العتق وقال أبو يوسف ومحمد يلزمانه لان من أصل أبي حنيفة أن العبد يضاف اليه الشراء في الحال وان كان بمنزلة المجاز بمقابلة الشراء بعد الحرية والمجاز مراد فلا تكون الحقيقة مرادة ومن أصلهما ان هذا يتناول ما يستقبل من الشراء في عمره وتصحيح اليمين أيضا أولى من ابطالها وقد قالوا جميعا في مكاتب أو عبد قال ان دخلت هذه الدار فعبدي هذا حر ثم اعتق فدخل الدار لم يعتق العبد لان هذا الملك غير صالح للعتق ولم توجد

الاضافة الى ما يصلح وقالوا فى حر قال لامرأة حرة اذا ملكتك فانت حرة أو اذا اشتريتك فانت حرة فارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها الحالف انها لا تعتق فى قياس قول أبى حنيفة وعندهما تعتق بناء على أن من أصل أبى حنيفة أنه يحمل الملك أو الشراء على ما يقبله المحل فى الحال وهو ملك النكاح ههنا والشراء أيضا يصلح عبارة عن سبب هذا الملك وهو النكاح والحرية أيضا تصلح عبارة عما يبطله وهو الطلاق وكلام أبى حنيفة فى هذا الفصل ظاهر لان اليمين تحمل على ما يسبق الى الاوهام ولا تنصرف بالاوهام الى ارتدادها ولحوقها بدار الحرب وسبيها لان ذلك غير مظنون بالمسلمة فكان صرف كلامه الى ما ذكرنا أولى من صرفه الى ما تسبق اليه الاوهام ومن أصلهما أنه يحمل مطلق الملك على الملك الحقيقى الصالح للاعتاق وهو الذى يوجد بعد السبى ولو قال لها اذا ارتدت وسبيت فملكتك أو اشتريتك فانت حرة فكان ذلك عتقت فى قولهم لانه أضاف العتق الى الملك الحقيقى فيضاف اليه والله عز وجل أعلم ومن هذا القبيل اذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق وقد وجد ولو اشترى عبدين معا لم يعتق أحدهما لانه ان وجد معنى السبق فلم يوجد معنى التفرد فان اشترى عبدين معا ثم اشترى آخر لم يعتق الثالث لانه ان وجد فيه معنى التفرد فقد انعدم معنى السبق وقد استشهد محمد فى الكتاب لبيان الثالث ليس باول أنه لو قال آخر عبد اشتريته فهو حر فاشترى عبدين معا ثم اشترى آخر ثم مات المولى أنه يعتق الثالث فدل أنه آخر واذا كان آخرا لا يكون أولا ضرورة لاستحالة كونه ذات واحدة من المخلوقين أولا وآخرا ولو قال أول عبد اشتريه واحدا فهو حر عتق الثالث لانه أعتق عبدا يتصف بكونه فردا سابقا فى حال الشراء وقد وجد هذا الوصف فى العبد الثالث ولو قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا ثم لم يشتر غيره حتى مات المولى لم يعتق لان الآخر اسم لفرد لاحق وهذا فرد سابق فكان أولا لا آخرا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات المولى عتق الثانى لانه آخر عبد اشتراه واختلف فى وقت ثبوت العتق فعند أبى حنيفة يعتق يوم اشتراه وعند أبى يوسف ومحمد يوم مات وجه قولهما أنه علق العتق بصفة الآخرية وانما يتحقق عند موته اذا لم يشتر آخر ألا ترى أنه لو اشترى بعده عبدا آخر خرج هو من أن يكون آخرا فيتوقف اتصافه بكونه آخرا على عدم الشراء بعده ولا يتحقق ذلك الا بالموت لابى حنيفة أنه اذا لم يشتر آخر بعده حتى مات تبين أنه كان آخرا يوم اشتراه الا أنا كنا لا نعرف ذلك لجواز أن يشترى آخر بعده فتوقفنا فى تسميته آخرا فاذا لم يشتر آخر حتى مات زال التوقف وتبين أنه كان آخرا من وقت الشراء ولو اشترى عبدا ثم عبدين معا لم يعتق أحدهم أما الاول فلا شك فيه لانه أول فلا يكون آخرا وأما الآخران فلان الآخر اسم لفرد لاحق ولم يوجد معنى التفرد فلا يعتق أحدهما وأما بيان ما يظهر به وجود الشرط فالحالف لا يخلو اما أن يكون مقرا بوجود الشرط واما أن يكون منكرا وجوده فان كان مقرا يظهر باقراره كائنا ما كان من الشرط وان كان منكرا فان كان الشرط مما لا يعرف الا من قبل المحلوف بعتقه كمشيئته ومحبته وبغضه والحيض ونحو ذلك يظهر بقوله واذا اختلفا كان القول قوله لانه اذا كان أمرا لا يعرف الا من قبله كان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله وان كان أمرا يمكن الوصول اليه من قبل غيره كدخول الدار وكلام زيد وقدوم عمرو ونحو ذلك اذا اختلفا لا يظهر الا ببينة تقوم عليه من العبد ويكون القول عند عدم البينة قول المولى لان العبد يدعى عليه العتق وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه ولو كان الشرط ولادة الامة بان قال لها ان ولدت فانت حرة فقالت ولدت فكذبها المولى فشهدت امرأة على الولادة لا تعتق عن أبى حنيفة حتى يشهد بالولادة رجلان أو رجل وامرأتان وعندهما تعتق بشهادة امرأة واحدة ثقة والمسئلة مرت فى فصول العدة من كتاب الطلاق وأما الثالث وهو بيان من يدخل تحت مطلق اسم المملوك فى الاعتاق المضاف اليه ومن لا يدخل فنقول وبالله التوفيق يدخل تحته عبد الرهن والوديعة والآبق والمغصوب والمسلم والكافر والذكر والانثى لانعدام الخلل فى الملك والاضافة ولو قال عنيت به الذكور دون الاناث لم يدين فى القضاء لانه ادخل كلمة الاحاطة على المملوك فاذا نوى به البعض فقد نوى تخصيص العموم وانه خلاف الظاهر فلا

يصدق فى القضاء و يصدق فيما بينه و بين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه و يدخل فيه المدبر والمدبرة وأم الولد وولدها لما قلنا ألا ترى أن للمولى أن يطأ المدبرة وأم الولد مع ان حل الوطء منفى شرعا الا باحد نوعى الملك مطلقا بقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين ولا يدخل فيه المكاتب الا ان يعنيه لانه خرج عن يده بعقد الكتابة وصار حرا يدا فاختل الملك والاضافة فلا يدخل تحت اطلاق اسم المملوك ولهذا لا يحل له وطؤها ولو وطئها يلزمه العقر وان عنى المكاتبين عتقوا لان الاسم يحتمل ما عنى وفيه تشديد على نفسه فيصدق وكذا لا يدخل فيه العبد الذى اعتق بعضه لانه حر عندهما وعنده بمنزلة المكاتبة ويدخل عبده المأذون سواء كان عليه دين أو لم يكن لما قلنا وأما عبيد عبده المأذون اذا لم يكن عليه دين فهل يدخلون قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يدخلون الا أن ينويهم وقال محمد يدخلون من غير نية وجه قوله انه اذا لم يكن على العبد دين فعبد عبده ملكه بلا خلاف فيعتق ولهما أن فى الاضافة اليه قصورا ألا ترى أنه يقال هذا عبد فلان وهذا عبد عبده فلا يدخل تحت مطلق الاضافة الا بالنية لانه لما نوى فقد اعتبر الملك دون الاضافة والحاصل أن محمدا يعتبر نفس الملك ولا خلل فى نفسه وهما يعتبران معه الاضافة وفى الاضافة خلل واعتبارهما أولى لان الحالف اعتبر الامرين جميعا بقوله كل مملوك لى فالم يوجدا على الاطلاق لا يعتق وان كان على عبده دين محيط برقبته وبما فى يده لم يعتق عبيده عند أبى حنيفة وان نواهم بناء على أصله أن المولى لا يملك عبد عبده المأذون المديون دينا مستغرقا لرقبته وكسبه وقال أبو يوسف ان نواهم عتقوا لانهم مماليكه الا انهم لا يضافون اليه عند الاطلاق فاذا نوى وفيه تشديد على نفسه عتقوا وعند محمد يعتقون وان لم ينوهم بناء على ماذكرنا ان محمدا لا ينظر الا الى الملك وهما ينظران الى الملك والاضافة جميعا ولا يدخل فيه مملوك بينه و بين أجنبى كذا قال أبو يوسف لان بعض المملوك لا يسمى مملوكا حقيقة وان نواه عتق استحسانا لانه نوى ما يحتمله لفظه فى الجملة وفيه تشديد على نفسه فيصدق وهل يدخل فيه الحمل ان كان أمة فى ملكه يدخل و يعتق بعتقها وان كان فى ملكه الحمل دون الامة بان كان موصى له بالحمل لم يعتق لانه لا يسمى مملوكا على الاطلاق لان فى وجوده خطرا ولهذا لا يجب على المولى صدقة الفطر عنه والدليل عليه أنه لو قال ان اشتريت مملوكين فهما حران فاشترى جارية حاملا لم يعتقا لان شرط الحنث شراء مملوكين والحمل لا يسمى مملوكا على الاطلاق وكذا لو قال لامته كل مملوك لى غيرك حر لم يعتق حملها فثبت أن اطلاق اسم المملوك لا يتناول الحمل فلا يعتق الا اذا كانت أمة فى ملكه فيعتق بعتقها لانه فى حكم اجزائها وأما التعليق الذى فيه معنى المعاوضة فهو الكتابة والاعتاق على مال أما الكتابة فلها كتاب مفرد وأما الاعتاق على مال فالكلام فيه فى مواضع فى بيان ألفاظه وفى بيان ماهية الاعتاق على مال وفى بيان ما يصح تسميته فيه من البدل ومالا يصح وفى بيان حكم صحة التسمية وفسادها أما الاول فنحو أن يقول لعبده أنت حر على ألف درهم أو بالف درهم أو على أن تعطينى ألفا أو على أن تؤدى الى ألفا أو على أن تجيئنى بالف أو على أن لى عليك ألفا أو على ألف تؤديها الى وكذا لو قال بعت نفسك منك على كذا او وهبت لك نفسك على ان تعوضنى كذا فهذا وقوله انت حر على كذا أو اعتقتك على كذا سواء اذا قبل عتق لما ذكر فيما تقدم ان البيع ازالة ملك البائع عن المبيع والهبة ازالة ملك الواهب عن الموهوب ثم لو كان المشترى والموهوب له ممن يصح له الملك فى المبيع والموهوب يثبت الملك لهما والعبد ممن لا يصح ان يملك نفسه لما فيه من الاستحالة فنفى البيع والهبة ازالة الملك لا الى احد ببدل على العبد وهذا تفسير الاعتاق على مال ولو قال انت حر وعليك الف درهم يعتق من غير قبول ولا يلزمه المال عند ابى حنيفة وعندهما لا يعتق الا بالقبول فاذا قبل عتق ولزمه المال وعلى هذا الخلاف اذا قال العبد لمولاه اعتقنى ولك ألف درهم فاعتقه والمسئلة ذكرت فى كتاب الطلاق وأما بيان ماهيته فالاعتاق على مال من جانب المولى تعليق وهو تعليق العتق بشرط قبول العوض فيراعى فيه من جانبه احكام التعليق حتى لو ابتدأ المولى فقال أنت حر على ألف درهم ثم أراد ان يرجع عنه قبل قبول العبد لا يملك الرجوع

عنه ولا الفسخ ولا النهى عن القبول ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول العبد ولا يشترط حضور العبد حتى لوكان غائبا عن المجلس يصح و يصح تعليقه بشرط واضافته الى وقت بان يقول له ان دخلت الدار وان كلمت فلانا فانت حر على الف درهم أو يقول ان دخلت أو ان كلمت فلانا فانت حر على ألف درهم غدا أو رأس شهر كذا و نحو ذلك ولا يصح شرط الخيار فيه بان قال انت حر على ألف على انى بالخيار ثلاثة أيام ومن جانب العبد معاوضة وهو معاوضة المال بالعتق لانه من جانبه تمليك المال بالعوض وهذا معنى معاوضة المال فيراعى فيه من جانبه احكام معاوضة المال كالبيع ونحوه حتى لو ابتدا العبد فقال اشتريت نفسى منك بكذا فله ان يرجع عنه و يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول المولى و بقيام المولى أيضا ولا يقف على الغائب عن المجلس ولا يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت بان قال اشتريت نفسى منك بكذا اذا جاء غد أو قال عند رأس شهر كذا ولو قال اذا جاء غد فأعتقنى على كذا جاز لان هذا توكيل منه بالاعتاق حتى يملك العبد عزله قبل وجود الشرط و بعده وقبل ان يعتق ولو لم يعزله حتى اعتقه نفذ اعتاقه و يجوز بشرط الخيار لهما عند ابى حنيفة على ماذكرنا فى كتاب الطلاق فى فصل الخلع والطلاق على مال ولا يصح الاعتاق على مال الا فى الملك لان التعليق بما سوى الملك وسببه من الشروط لا صحة له بدون الملك وكذا المعاوضة و يعتق العبد بنفس القبول لانه من جانبه تعليق العتق بشرط قبول العوض وقد وجد الشرط فينزل المعلق كالتعليق بدخول الدار وغيره ومن جانب العبد معاوضة وزوال الملك عن المعوض يتعلق بنفس قبول العوض فى المعاوضات كالبيع ونحوه بخلاف قوله ان اديت الى ألفا فانت حر لانه ليس فيه معنى المعاوضة رأسا بل هو تعليق محض وقد علقه بشرط الاداء فلا يعتق قبله والعتق ههنا تعلق بالقبول فاذا قبل عتق ولو قال المولى اعتقتك امس بالف درهم فلم يقبل وقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لانه من جانب المولى تعليق بشرط القبول والعبد يدعى وجود الشرط والمولى ينكر فكان القول قول المولى كما لو قال لعبده ان دخلت الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم والعبد يدعى الدخول وانكر المولى كان القول قول المولى كذا ههنا ولو كان الاختلاف فى البيع كان القول قول المشترى بان قال البائع بعتك عبدى امس بألف درهم فلم تقبل وقال المشترى بل قبلت فالقول قول المشترى والفرق ان البيع لا يكون بيعا الا بعد قبول المشترى فاذا قال بعتك فقد أقر بالقبول فبقوله لم تقبل يريد الرجوع عما اقر به وابطال ذلك فلم يقبل بخلاف الاعتاق على مال لان كونه تعليقا لا يقف على وجود القبول من العبد انما ذاك شرط وقوع العتق فكان الاختلاف واقعا فى ثبوت العتق وعدمه فكان القول قول المولى ولو اختلف المولى والعبد فى مقدار البدل فالقول قول العبد لانه هو المستحق عليه المال فكان القول قوله فى القدر المستحق كما فى سائر الديون ولانه لو وقع الاختلاف فى اصل الدين كان القول قول المنكر فكذا اذا وقع فى القدر وان اقاما بينة فالبينة بينة المولى لانها تثبت زيادة بخلاف التعليق بالاداء اذا اختلفا فى مبلغ المال ان القول فيه قول المولى لان الاختلاف هناك وقع فى شرط ثبوت العتق اذ هو تعليق محض فالعبد يدعى العتق على المولى وهو ينكر فكان القول قوله وان اقاما البينة فالبينة بينة العبد لان الاصل هو العمل بالبينتين ما أمكن اذ هو عمل بالدليلين وههنا امكن الجمع بينهما لعدم التنافى لانا نجعل كان المولى علق عتقه بكل واحد من الشرطين على حياله فايهما وجد عتق ثم اذا قبل العبد عتق وصار البدل المذكور دينا فى ذمته اذا كان مما يحتمل الثبوت فى الذمة فى الجملة على ما تبين و يسعى وهو حر فى جميع احكامه وذكر على الرازى اصلا فقال المستسعى على ضربين كل من يسعى فى تخليص رقبته فهو فى حكم المكاتب عند ابى حنيفة وكل من يسعى فى بدل رقبته الذى لزمه بالعتق أو فى قيمة رقبته لاجل بدل شرط عليه او لدين ثبت فى رقبته فهو بمنزلة الحر فى احكامه مثل ان يعتق الراهن عبده المرهون وهو معسر وكذلك العبد المأذون اذا اعتق وعليه دين وكذلك امة اعتقها سيدها على أن تتزوجه فقبلت ثم ابت فانها تسعى فى قيمتها وهى بمنزلة الحرة وكذلك اذا قال لعبده انت حر رقبتك فقبل ذلك فهو بمنزلة الحر وانما كان كذلك لان السعاية فى هذه الفصول لزمت بعد ثبوت الحرية وفى الفصل الاول قبل ثبوتها وانما يسعى ليتوسل بالسعاية الى الحرية عند ابى حنيفة وعلى هذا لو ابرأ المولى

المكاتب

المكاتب من مال الكتابة فلم يقبل فهو حر وعليه ان يؤدى الكتابة لان الابراء يصح من غير قبول الا انه يرتد بالرد
لكن فيما يحتمل الرد والعتق لا يحتمل الرد فلم يرتد بالرد والمال يحتمل الرد فيرتد بالرد فيعتق و يلزمه المال ولو قال لامته
انت حرة على الف درهم فقبلت ثم ولدت ثم ماتت لم يكن على الولد أن يسعى فى شئ مما اعتقت عليه لانها اعتقت
بالقبول ودين الحرة لا يلزم ولدها وسواء اعتق عبده على عوض فقبل او نصف عبده على عوض فقبل انه يصح غير
انه اذا اعتق نصفه على عوض فقبل يعتق نصفه بالعوض و يسعى العبد فى نصف قيمته عن النصف الآخر فاذا
ادى بالسعاية عتق باقيه وهو قبل الاداء بمنزلة المكاتب فى جميع احكامه الا انه لا يرد فى الرق وهذا قول ابى حنيفة وعلى
قول ابى يوسف ومحمد يعتق كله ولا سعاية عليه بناء على ان العتق يتجزأ عنده فعتق البعض يوجب عتق الباقى فيجب
تخريجه الى العتاق فيلزمه السعاية وعندهما لا يتجزأ فكان عتق البعض بعوض عتقا للكل بذلك العوض وذكر محمد
فى الزيادات فيمن قال لعبده انت حر على ألف درهم انت حر على مائة دينار فقال العبد قد قبلت عتق وكان عليه
المالان جميعا وكذا لو قال لامرأته انت طالق ثلاثا على الف درهم انت طالق ثلاثا على مائة دينار فقالت قد قبلت
طلقت ثلاثا بالمالين جميعا وهذا قول محمد وقال ابو يوسف فى مسئلة الطلاق القبول على الكلام الاخير وهى طالق ثلاثا
بمائة دينار قال الكرخى وكذلك قياس قوله فى العتق ووجهه انه لما اوجب العتق بعوض ثم أوجبه بعوض آخر فقد
انفسخ الايجاب الاول فتعلق القبول بالثانى كما فى البيع ولمحمد ان الاعتاق والطلاق على مال تعليق من جانب المولى
والزوج وانه لا يحتمل الانفساخ فلم يتضمن الايجاب الثانى انفساخ الاول فيصح الايجابان و ينصرف القبول اليهما
جميعا اذ هو يصلح جوابا لهما جميعا فيلزم المالان جميعا بخلاف البيع لان ايجاب البيع يحتمل الفسخ فيتضمن الثانى
انفساخ الاول ولو باع المولى العبد من نفسه أو وهب له نفسه على عوض فله ان يبيع العوض قبل القبض لانه مملوك
بسبب لا ينفسخ بهلاكه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالميراث وله ان يعتقه على مال مؤجل و يكون ذلك دينا عليه
مؤجلا وله ان يشترى منه شيئا يدا بيد ولا خير فيه نسيئة لان من أصل اصحابنا أن جميع الديون يجوز التصرف فيها قبل
القبض كاثمان البياعات والعروض والغصوب الا بدل الصرف والسلم الا انه لا بد من القبض فى المجلس لئلا يكون
افتراقا عن دين بدين ولو أعطاه كفيلا بالمال الذى اعتقه عليه فهو جائز لانه صار حرا بالقبول والكفالة بدين على حر
جائزة كالكفالة بسائر الديون وولاؤه يكون للمولى لانه عتق على ملكه والمال دين على العبد لانه فى جانبه معاوضة
والمولى أيضا لم يرض بخروجه عن ملكه الا ببدل وقد قبله العبد والله عز وجل أعلم وأما بيان ما تصح تسميته من
البدل وما لا تصح و بيان حكم التسمية وفسادها فالبدل لا يخلو اما أن يكون عين مال واما أن يكون منفعة وهى الخدمة
فان كان عين مال فاما أن يكون بعينه بأن كان معينا مشارا اليه واما ان كان بغير عينه بأن كان مسمى غير مشار اليه
فان كان بعينه عتق اذا قبل لان عدم ملكه لا يمنع صحة تسميته عوضا لانه مال معصوم متقوم معلوم ثم ان أجاز المالك
سلم عينه الى المولى وان لم يجز فعلى العبد قيمة العين لان تسميته قد صحت ثم تعذر تسليمه لحق الغير فتجب قيمته اذ
الاعتاق على القيمة جائز كما اذا قال أعتقتك على قيمة رقبتك أو على قيمة هذا الشئ فقبل يعتق وكذا عدم الملك فى باب
البيع لا يمنع صحة التسليم أيضا حتى لو اشترى شيأ بعبد مملوك لغيره صح العقد الا أن هناك ان لم يجز المالك يفسخ العقد
اذ لا سبيل الى ايقاعه على القيمة اذ البيع على القيمة بيع فاسد وههنا لا يفسخ لامكان الايقاع على القيمة اذ الاعتاق
على القيمة اعتاق صحيح فتجب قيمته كما فى النكاح والخلع والطلاق على مال وان كان بغير عينه فان كان المسمى
معلوم الجنس والنوع والصفة كالمكيل والموزون فعليه المسمى وان كان معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة
كالثياب الهروية والحيوان من الفرس والعبد والجارية فعليه الوسط من ذلك واذا جاء بالقيمة يجبر المولى على القبول
لان جهالة الصفة لا تمنع صحة التسمية فيما وجب بدلا عما ليس بمال كالمهر و بدل الخلع والصلح من دم العمد وان كان
مجهول الجنس كالثوب والدابة والدار فعليه قيمة نفسه لان الجهالة متفاحشة ففسدت التسمية والاصل فيه ان كل

جهالة تزيد على جهالة القيمة توجب فساد التسمية كالجهالة الزائدة على جهالة مهر المثل فى باب النكاح والكلام فيه كالكلام فى المهر وقد ذكرناه على سبيل الاستقصاء فى كتاب النكاح الا أن هناك اذا فسدت التسمية يجب مهر المثل وههنا تجب قيمة العبد لان الموجب الاصلى هناك مهر المثل لانه قيمة البضع وهو العدل والمصير الى المسمى عند صحة التسمية فاذا فسدت صير الى الموجب الاصلى والموجب الاصلى ههنا قيمة العبد لان الاعتاق على مال معاوضة من جانب العبد ومبنى المعاوضة على المعادلة وقيمة الشئ هى التى تعادله الا أن عند صحة التسمية يعدل عنها الى المسمى فاذا فسدت وجب العوض الاصلى وهو قيمة نفس العبد وان كان البدل منفعة وهى خدمته بأن قال لعبده أنت حر على أن تخدمنى سنة فقبل فهو حر حين قبل ذلك والخدمة عليه يؤخذ بها لان تسمية الخدمة قد صحت فيلزمه المسمى كما اذا أعتقه على مال عين فان مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة لانه قبل الخدمة للمولى وقد مات المولى لكن للورثة أن يأخذوا العبد بقيمة نفسه وان كان قد خدم بعض السنة فلهم أن يأخذوه بقدر ما بقى من الخدمة وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يؤخذ العبد بقيمة تمام الخدمة ان كان لم يخدم وان كان قد خدم بعض الخدمة يؤخذ بقيمة ما بقى من الخدمة وكذلك اذا قال أنت حر على أن تخدمنى أربع سنين فمات المولى قبل الخدمة على قولهما على العبد قيمة نفسه وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته أربع سنين ولو كان العبد خدمه ثم مات المولى فعلى قولهما على العبد ثلاثة أرباع قيمة نفسه وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته ثلاث سنين وكذلك لو مات العبد وترك مالا يقضى لمولاه فى ماله بقيمة نفسه عندهما وعنده يقضى بقيمة الخدمة وأصل المسئلة ان من باع العبد من نفسه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية فعلى قولهما يرجع على العبد بقيمة نفسه وعلى قول محمد يرجع عليه بقيمة الجارية وكذلك لو لم تستحق ولكنه وجد بها عيبا فردها فهو على هذا الاختلاف وجملة الكلام فيه ان المولى اذا قبض العوض ثم استحق من يده فان كان العوض بغير عينه كالمكيل والموزون الموصوفين فى الذمة أو العروض والحيوان كالثوب الهروى والفرس والعبد والجارية فعلى العبد مثله فى المكيل والموزون والوسط فى الفرس والحيوان لان العقد وقع على مال فى الذمة وانما المقبوض عوض عما فى الذمة فاذا استحق المقبوض فقد انفسخ فيه القبض فبقى موجب العقد على حاله فله أن يرجع على العبد بذلك وان كان عينا فى العقد وهو مكيل أو موزون فكذلك يرجع المولى على العبد بمثله لما قلنا وان كان عرضا أو حيوانا فقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف يرجع على العبد بقيمة نفسه وقال محمد يرجع عليه بقيمة المستحق (وجه) قول محمد ان العقد لم ينفسخ باستحقاق العوض لانه لا يحتمل الفسخ فيبقى موجبا لتسليم العوض وقد عجز عن تسليمه فيرجع عليه بقيمته كالخلع والصلح عن دم العمد ولهما ان العقد قد انفسخ فى حق أحد العوضين وهو المستحق لانه تبين أنه وقع على عين هى ملك المستحق ولم يجز واذا انفسخ العقد فى حقه لم يبق موجبا على العبد تسليمه فلا يجب عليه قيمته وانفساخه فى حق أحد العوضين يقتضى انفساخه فى حق العوض الآخر وهو نفس العبد الا أنه تعذر اظهاره فى صورة العبد فيجب اظهاره فى معناه وهو قيمته فتجب عليه اذ قيمته قائمة مقام رد عينه كمن باع عبدا بجارية فأعتقها ومات العبد قبل التسليم انه يجب على البائع رد قيمة العبد لا رد قيمة الجارية كذا ههنا ثم ماذكرنا من الاختلاف فى العيب اذا كان العيب فاحشا لان العيب الفاحش فى هذا الباب يوجب الرد بلا خلاف كما فى باب النكاح فأما اذا كان غير فاحش فكذلك عندهما وأما عند محمد فلا يملك ردها لانه مبادلة المال بما ليس بمال فأشبه النكاح والمرأة فى باب النكاح لا تملك رد المهر الا فى العيب الفاحش وكذا المولى ههنا ولو قال عبد رجل لرجل اشترلى نفسى من مولاى بألف درهم فاشتراه فالوكيل لا يخلو اما أن يبين وقت الشراء انه يشترى نفس العبد للعبد واما ان لم يبين فان بين جاز الشراء وعتق العبد بقبول الوكيل ويجب الثمن لانه أتى بما وكل به فنفذ على الموكل ثم ذكر فى الجامع ان المولى يطالب الوكيل ثم الوكيل يطالب العبد فقد جعل هذا التصرف فى حكم معاوضة المال بالمال كالبيع ونحوه لان حقوق العبد انما ترجع الى الوكيل فى مثل هذه

المعاوضة وذكر فى كتاب الوكالة أنه يطالب العبد ولا يطالب الوكيل واعتبره معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والطلاق على مال والصلح عن دم العمد وان لم يبين يصير مشتريا لنفسه لا للعبد لانه اذا لم يبين فالبائع رضى بالبيع لا بالاعتاق فلو قلنا انه يصير مشتريا للعبد و يعتق لكان فيه اثبات الولاية على البائع من غير رضاه وهذا لا يجوز وكذلك لو بين لكنه لو خالف فى الثمن بأن اشترى بزيادة يكون مشتريا لنفسه لما قلنا هذا اذا أمر العبد رجلا فأما اذا أمر رجل العبد بأن يشترى نفسه من مولاه بألف درهم فاشترى فان بين وقت الشراء أنه يشترى للآمر فيكون للآمر ولا يعتق لانه اشترى للآمر لا لنفسه فيقع الشراء للآمر و يصير قابضا لنفسه بنفس العقد لانه فى يد نفسه وليس للبائع أن يحبسه لاستيفاء الثمن لانه صار مسلما اياه حيث عقد على شئ هو فى يده وهو نفسه ولو وجد الآمر به عيبا له أن يرده ولكن العبد هو الذى يتولى الرد لانه وكيل وحقوق هذا العقد ترجع الى العاقد وان لم يبين وقال لمولاه بع نفسى منى بألف درهم فباع صار مشتريا لنفسه وعتق لان بيع نفس العبد منه اعتاق وكذا اذا بين وخالف أمره يصير مشتريا لنفسه و يعتق ولو قال لعبد واحد أنت حر على ألف درهم فقبل أن يقبل قال له أنت حر على مائة دينار فان قال قبلت بالمالين عتق و يلزمه المالان جميعا بلا خلاف وان قال قبلت مبهما ولم يبين فكذلك فى قول محمد وكذلك لو قال لامرأته أنت طالق ثلاثا على ألف درهم أنت طالق ثلاثا على مائة دينار انها ان قالت قبلت بالمالين طلقت بالمالين بلا خلاف وان أبهمت بأن قالت قبلت طلقت ثلاثا بالمالين جميعا فى قول محمد وأما عند أبى يوسف فالقبول على الكلام الاخير فى المسئلتين ووجهه ان القبول خرج عقب الايجاب الاخير فينصرف اليه ولانه لما أوجب بعوض ثم أوجب بعوض آخر تضمن الثانى انفساخ الاول كما فى البيع فيتعلق القبول بالثانى كما فى البيع ولمحمد الفرق بين الاعتاق والطلاق على مال و بين البيع وهو ان الاعتاق والطلاق على مال تعليق من جانب المولى والزوج وأنه لا يحتمل الانفساخ فلم يوجب الثانى رفع الاول بخلاف البيع لانه يحتمل الرفع والفسخ فيوجب الثانى ارتفاع الاول هذا اذا قبل بالمالين أو قبل على الابهام فاما اذا قبل باحد المالين بان قال قبلت بالدراهم أو قال قبلت بالدنانير ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى أنه لا يعتق وعلل بان للمولى أن يقول أعتقتك بالمالين جميعا فلا يعتق بقبول أحدهما مع الشك وذكر أبو يوسف فى الامالى أنه يعتق و وجهه أن المولى أتى بايجابين مختلفين فكان للعبد أن يقبل بايهما شاء ولو قال أنت حر على ألف درهم أو مائة دينار فان قبل بأحد المالين عينا عتق بان قال قبلت بالدراهم أو قال قبلت بالدنانير لانه أعتقه باحد المالين وان قبل بأحد المالين غير عين عتق أيضا لوجود الشرط و يلزمه أحد المالين والبيان اليه كما اذا قال لفلان على ألف درهم أو مائة دينار يلزمه أحدهما والبيان اليه كذا ولو قال قبلت بالمالين لا شك أنه يعتق لان فى قبول المالين قبول أحدهما فوجد شرط العتق فيعتق و يلزمه أحد المالين لانه أعتقه على أحد المالين فلا تلزمه الزيادة والبيان الى العبد يختار أيهما شاء وكذلك اذا قال قبلت ولم يبين يعتق و يلزمه أحد المالين وخيار التعيين اليه لان قوله قبلت يصلح جواب الايجاب فيصير كانه قال قبلت باحدهما ولم يعين أو قبلت بهما وهناك يعتق وخيار التعيين اليه كذا ههنا وعلى هذا اذا قال لامرأته أنت طالق على ألف درهم أو على مائة دينار فقبلت باحدهما عينا أو غير عين أو قبلت بالمالين أو أبهمت لما قلنا فى العتق وكذلك لو قال أنت حر على ألف درهم أو على ألفين الا ان ههنا اذا قبل بالمالين يعتق بالف ولا يخير لان الجنس متحد والتخيير بين الاكثر والاقل فى الجنس الواحد لا يفيد لانه لا يختار الا الاقل بخلاف الفصل الاول لان هناك اختلف الجنس فكان التخيير مفيدا هذا كله اذا أضاف العتق الى معين فان أضافه الى مجهول بان قال لعبديه أحدكما حر بالف درهم لا يعتق واحد منهما ما لم يقبلا جميعا حتى لو قبل أحدهما ولم يقبل الآخر لا يعتق لان قوله أحدكما كما يقع على القابل يقع على غير القابل فمن الجائز أنه عنى به غير القابل ألا ترى أن له أن يقول عنيت به غير القابل فلو حكمنا بعتق القابل لكان فيه اثبات العتق بالشك وان قبلا جميعا فان قبل كل واحد منهما بخمسمائة لا يعتق واحد منهما لانه أعتق أحدهما بالف لا بخمسمائة وان قبل كل واحد منهما

بالف بان قال كل واحد منهما قبلت بالف درهم أو قال قبلت ولم يقل بالف أو قالا ما قبلنا بالف أو قالا قبلنا ولم يذكرا الالف عتق أحدهما بالف لوجود شرط العتق وهو قبول كل واحد منهما الالف و يقال للمولى اختر العتق فى أحدهما لانه هو الذى أجمل العتق فكان البيان اليه فايهما اختار عتق ولزمته الالف فان مات قبل البيان يعتق من كل واحد منهما نصفه بخمسمائة و يسعى فى نصف قيمته لانه لما مات قبل البيان وقد شاع عتق رقبة فيهما فيقسم عليهما نصفين ولو قال أحدكما حر بالف درهم فقبلا ثم قال أحدكما حر بالف درهم أو قال أحدكما حر بغير شىء فاللفظ الثانى لغو لانهما لما قبلا العتق بالايجاب الاول فقد نزل العتق فى أحدهما لوجود شرط النزول وهو قبولهما فالايجاب الثانى يقع جمعا بين حر وعبد فلا يصح ولو لم يقبلا ثم قال أحدكما حر بغير شىء عتق أحدهما باللفظ الثانى بغير شىء لانهما لما لم يقبلا لم ينزل العتق بالايجاب الاول فصح الايجاب الثانى وهو تنجيز العتق على أحدهما غير عين فيقال للمولى اصرف اللفظ الثانى الى أحدهما فاذا صرفه الى أحدهما عتق ذلك بغير شىء لان التنجيز حصل بغير بدل وأما الآخر فان قبل البدل فى المجلس يعتق والا فلا لان الايجاب الاول وقع صحيحا لحصوله بين عبدين وتعلق العتق بشرط القبول وقد وجد فيه ضرب اشكال وهو أن شرط وجوب الحرية لاحدهما هو قبولهما ولم يوجد ههنا الا قبول أحدهما فينبغى أن لا يعتق العبد الآخر والجواب أن الايجاب أضيف الا أحدهما ألا يرى أنه قال أحدكما حر وقد وجد القبول من أحدهما ههنا الا انه اذا لم ينجز عتق أحدهما يتوقف عتق أحدهما على قبولهما جميعا لاحتمال أنه أراد به الآخر فاذا عينه فى التخيير علم أنه ما أراده بالايجاب الاول لان الاعتاق من المعتق لا يتصور فتعين الآخر للقبول وقد قبل فيعتق ولو قبلا جميعا قبل البيان عتقا لان العتق لم ينزل بالايجاب الاول لانه تعليق العتق بشرط القبول فلا ينزل قبل وجود الشرط فيصح الايجاب الثانى فاذا قبلا جميعا فقد تيقنا بعتقهما لان أيهما أريد بالايجاب الاول عتق بالقبول وأيهما أريد بالايجاب الثانى عتق من غير قبول لانه ايجاب بغير بدل فكان عتق كل واحد منهما متيقنا به لكن عتق أحدهما بالايجاب الاول وعتق الآخر بالايجاب الثانى فيعتقان ولا يقضى عليهما بشىء لان أحدهما وان عتق بالايجاب ببدل الا انه مجهول والقضاء بايجاب المال على المجهول متعذر كرجلين قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم انه لا يلزمهما بهذا الاقرار شىء لكون المقضى عليه مجهولا كذا هذا ولو لم يقبلا جميعا ولكن قبل أحدهما لا يعتق الا أحدهما لوجود شرط عتق أحدهما وهو قبول أحدهما فى هذه الصورة لما بينا من الفقه ثم ان صرف المولى اللفظ الثانى الى غير القابل عتق غير القابل بغير شىء وعتق القابل بألف وان صرف اللفظ الثانى الى القابل عتق القابل بغير شىء وعتق غير القابل باللفظ الاول بالف ان قبل فى المجلس لان القابل منهما يعتق بالايجاب الاول وانه ايجاب ببدل فيعتق ببدل وغير القابل يعتق بالايجاب الثانى وانه ايجاب بغير بدل فيعتق بغير بدل ولو قال لعبديه أحدكما حر بغير شىء ثم قال أحدكما حر بالف درهم فالكلام الثانى لغو لان أحدهما عتق بالايجاب الاول لوجود تنجيز العتق فى أحدهما فالثانى يقع جمعا بين الحر والعبد فيبطل ولو قال أحدكما حر بالف درهم فقبل أن يقبلا قال أحدكما حر بمائة دينار فان قبل كل واحد منهما العتق باحد المالين بان قبل أحدهما بالف درهم وقبل الآخر بمائة دينار أو قبل أحدهما بالمالين ولم يقبل الآخر أو قبل أحدهما بالمالين وقبل الآخر بمال واحد لا يعتق واحد منهما لان للمولى أن يجمع المالين على أحدهما فيقول عنيتك بالمالين أو يقول عنيت غيرك فلا يثبت العتق مع الشك فان قبلا جميعا بالمالين بان قال كل واحد منهما قبلت بالمالين أو قالا جميعا قد قبلنا يخير المولى فيقال له اما ان تصرف اللفظين جميعا الى أحدهما فتجمع المالين عليه فيعتق بالمالين ويبقى الآخر رقيقا واما ان تصرف أحد اللفظين الى أحدهما والآخر الى صاحبه فيعتق أحدهما بالف درهم والآخر بمائة دينار لان الايجابين وقعا صحيحين أما الاول فلا شك فيه ولانه أضيف الى أحد العبدين وكذا الثانى لان الايجاب الاول لم يتصل به القبول والعتق معلق بالقبول فالايجاب الثانى حصل مضافا الى أحد عبدين فيصح ومتى صح الايجاب الثانى فيحتمل أنه عنى به من عناه بالايجاب الاول ويحتمل أنه عنى به العبد الآخر اذ لك

خير المولى فان مات قبل البيان عتق من كل واحد ثلاثة أرباعه بنصف المالين لان أحدهما حر بيقين لانه أراد بالايجاب الثانى غير من أراده بالاول فكان الثابت بالكلامين عتقين بكل كلام عتق وان أراد بالثانى عين من أراده بالاول كان الثابت بالكلامين عتق واحد فاذا عتق واحد ثابت بيقين والعتق الآخر يثبت فى حال ولا يثبت فى حال فينصف فثبت عتق ونصف عتق بالمالين وليس أحدهما بكمال العتق باولى من الآخر فينقسم عتق ونصف عتق بينهما فيصيب كل واحد منهما ثلاثة أرباع العتق بنصف المالين ويسعى فى ربع قيمته ولو قال لعبد له بعينه أنت حر على ألف درهم فقبل ان يقبل جمع بين عبد له آخر وبينه فقال أحدكما حر بمائة دينار فقالا قبلنا يخير المولى فان شاء صرف اللفظين الى المعين وعتق بالمالين جميعا وان شاء صرف أحد اللفظين الى أحدهما والآخر الى الآخر وعتق المعين بألف درهم وغير المعين بمائة دينار لان الايجابين صحيحان لما قلنا فيحتمل أنه أراد بالثانى المعين أيضا ويحتمل انه أراد به غير المعين فيقال له بين فايهما بين فالحكم للبيان فان مات قبل البيان عتق المعين كله لانه دخل تحت الايجابين جميعا أما الايجاب الاول فلا شك فيه لانه خصه به فلا يشاركه فيه غيره وأما الايجاب الثانى فلان قوله أحدكما يقع على كل واحد منهما فاذا قبل الايجابين وجد شرط عتقه فيعتق فيلزمه ألف درهم وخمسون دينارا أما الالف فلانه لا مشاركة للثانى فيهما وأما نصف المائة الدينار فلانه فى حال يلزمه مائة دينار وهى ما عناه باللفظين وفى حال لا يلزمه منها شىء وهى ما اذا عنى باللفظ الثانى غيره فيتنصف ذلك فيلزمه خمسون دينارا وأما غير المعين فانه يعتق نصفه بنصف المائة لانه يعتق فى حال ولا يعتق فى حال لانه ان عناه بالايجاب الثانى يعتق كله بكل المائة وان لم يعنه لا يعتق شىء منه ولا يلزمه شىء فيعتق فى حال ولم يعتق فى حال فتعتبر الاحوال ويعتق نصفه بنصف المائة وهو خمسون هذا اذا عرف المعين من غير المعين فان لم يعرف وقال كل واحد منهما أنا المعين يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه بنصف المالين وهو نصف الالف ونصف المائة الدينار لاستوائهما فى ذلك والثابت عتق ونصف عتق فيصيب كل واحد منهما ثلاثة أرباع العتق ويسعى فى ربع قيمته ولو قال لعبديه أحدكما حر على ألف درهم والآخر على خمسمائة فان قالا جميعا قبلنا أو قال كل واحد منهما قبلت بالمالين أو قال كل واحد منهما قبلت باكثر المالين عتقا جميعا فيلزم كل واحد منهما خمسمائة أما عتقهما فلان الايجابين خرجا على الصحة بخروج كل واحد منهما بين عبدين والمراد بالايجاب الثانى ههنا غير المراد بالايجاب الاول فاذا قبلا فقد وجد شرط نزول العتق فيهما جميعا وانقطع خيار المولى ههنا فيعتقان جميعا وعلى كل واحد منهما خمسمائة لان أحدهما عتق بألف والآخر بخمسمائة لكنا لا ندرى الذى عليه الالف والذى عليه خمسمائة الا انا تيقنا بوجوب خمسمائة على كل واحد منهما وفى الفصل الثانى شك فيجب المتيقن ولا يجب المشكوك فيه كاثنين قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم وعلى الآخر خمسمائة لا يطالب كل واحد منهما الا بخمسمائة لما قلنا فكذا هذا ولو قبل أحدهما باقل المالين والآخر باكثر المالين عتق الذى قبل العتق باكثر المالين لانه لا يخلو اما ان عناه المولى بالايجاب بالاقل أو بالايجاب بالاكثر فتيقنا بعتقه ثم فى الاكثر قدر الاقل وزيادة فيلزمه خمسمائة كانه قال قبلت بالمالين فيلزمه الاقل وهو خمسمائة ويصير بعد العتق كانه قال لك على ألف درهم أو خمسمائة ولو قال ذلك لزمه الاقل كذا ههنا ولو قبل كل واحد منهما باقل المالين لا يعتقان لان حجة المولى لم تنقطع لان له أن يقول لم أعتقك بهذا المال بخلاف ما اذا قبل أحدهما باكثر المالين لان الاقل داخل فى الاكثر ولو قال أحدكما حر بألف والآخر بألفين فان قبلا بان قال كل واحد منهما قبلت بالمالين أو قالا قبلنا عتقا لوجود شرط عتقهما وعلى كل واحد منهما ألف لانه أعتق أحدهما بألف والآخر بألفين فتيقنا بوجوب الالف على كل واحد منهما كرجلين قالا لرجل لك على أحدنا ألف وعلى الآخر ألفان يلزم كل واحد منهما ألف لكون الالف تيقنا بها كذا هذا وان قبل أحدهما المالين جميعا بان قال قبلت بالمالين أو قال قبلت أو قبل باكثر المالين بان قال قبلت بالمالين أو قال قبلت بألفين يعتق لوجود شرط العتق وهو القبول

أما اذا قبل بالمالين أو قال قبلت فلا شك فيه وكذا اذا قبل بأكثر المالين لوجود القبول المشروط بيقين فيعتق وقيل هذا على قياس قولهما فاما على قياس قول أبي حنيفة ينبغي ان لا يعتق وهو القياس على مسئلة الشهادة بالالف والالفين والصحيح انه يعتق بلا خلاف واذا عتق لا يلزمه الالف درهم لان الواجب أحد المالين وأحدهما أقل والآخر أكثر والجنس متحد فيتعين بالاقل للوجوب ولا يخير العبد ههنا لان التخيير بين الاقل والاكثر عند اتحاد الجنس غير مفيد لانه يختار الاقل لا محالة وان قبل أحدهما الالف لا يعتق لان للمولى أن يصرف العتق الى الآخر كما اذا قال أحدكما حر بألفين فقبل أحدهما ولو قال أحدكما حر بألف أحدكما حر بمائة دينار فان قبلا عتقا لوجود شرط العتق ولا شيء عليهما لان المقضي عليه مجهول اذ لا يدري الذي عليه الالف منهما والذي عليه المائة الدينار كاثنين قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم وعلى الآخر مائة دينار انه لا يلزم أحدهما شيء كذا هذا وكذا هذا في الطلاق بان قال لامرأتيه احداكما طالق بألف والاخرى بمائة دينار فقبلتا جميعا طلقت كل واحدة منهما طلقة بائنة ولا يلزمهما شيء علاقلنا وان قبل أحدهما العتق بألف درهم أو بمائة دينار أو قبل أحدهما العتق بأحد المالين والآخر بالمال الآخر لا يعتق واحد منهما لان للمولى أن يقول لم أعتك بهذا المال الذي قبلت ولو قبل أحدهما بالمالين عتق و يلزمه أي المالين اختاره لان الواجب أحدهما وهما جنسان مختلفان فكان التخيير مفيدا فيخير بخلاف الفصل الاول فان قبل الآخر في المجلس عتقا وسقط المال عن القابل الاول لان المقضي عليه مجهول هذا اذا كان قبل قبل البيان من الاول فان قبل بعد البيان عتق الثاني بغير شيء وعتق الاول بالمالين لان بيانه في حق نفسه صحيح وفي حق الآخر لم يصح ولو قال أحدكما حر بألف والآخر حر بغير شيء فان قبلا جميعا عتقا لوجود شرط عتقهما وهو قبولهما ولا شيء عليهما لان الذي عليه البدل مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول كرجلين قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم ولا شيء على الآخر لا يجب على أحدهما شيء لجهالة من عليه الواجب كذا ههنا وان قبل أحدهما بألف ولم يقبل الآخر يقال للمولى اصرف اللفظ الذي هو اعتاق بغير بدل الى أحدهما فان صرفه الى غير القابل عتق غير القابل بغير شيء وعتق القابل بألف وان صرفه الى القابل عتق القابل بغير شيء و يعتق الآخر بالايجاب الذي هو ببدل اذا قبل في المجلس وكذا لو لم يقبل واحد منهما حتى صرف الايجاب الذي هو بغير بدل الى أحدهما يعتق هو و يعتق الآخر ان قبل البدل في المجلس والا فلا وان مات المولى قبل البيان عتق القابل كله وعليه خمسمائة وعتق نصف الذي لم يقبل و يسعى في نصف قيمته أما عتق القابل كله فلان عتقه ثابت بيقين لانه ان أريد بالايجاب الاول عتق وان أريد بالايجاب الثاني عتق فكان عتقه متيقنا به وأما لزوم خمسمائة لانه ان أعتق بالايجاب الاول يعتق بألف وان أعتق بالايجاب الثاني يعتق بغير شيء فينصف الالف فيلزمه خمسمائة وأما عتق النصف من غير القابل فلانه ان أريد باللفظ الاول لا يعتق وان أريد باللفظ الثاني يعتق فيعتق في حال دون حال فيتنصف عتقه فيعتق نصفه و يسعى في نصف قيمته هذا اذا كان الاعتاق تنجيزا أو تعليقا بشرط فأما اذا كان أضافه الى وقت فلا يخلو اما ان أضافه الى وقت واحد واما ان أضافه الى وقتين فان أضافه الى وقت واحد فاما ان أضافه الى مطلق الوقت واما ان أضافه الى وقت موصوف بصفة وفي الوجوه كلها يشترط وجود الملك وقت الاضافة لان اضافة الاعتاق الى وقت اثبات العتق في ذلك الوقت لا محالة ولا ثبوت للعتق بدون الملك ولا يوجد الملك في ذلك الوقت الا اذا كان موجودا وقت الاضافة لانه ان كان موجودا وقت الاضافة فالظاهر انه يبقى الى الوقت المضاف اليه فيثبت العتق واذا لم يكن موجودا كان الظاهر بقاءه على العدم فلا يثبت العتق في الوقت المضاف اليه لا محالة فيكون خلاف تصرفه والاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه أما الاضافة الى وقت مطلق فنحو ان يقول لعبده أنت حر غدا أو رأس شهر كذا فيعتق اذا جاء غدا أو رأس الشهر لانه جعل الغد أو رأس الشهر ظرفا للعتق فلا بد من وقوع العتق عنده ليكون ظرفا له وليس هذا تعليقا بشرط لانعدام أدوات التعليق وهي كلمات الشرط ولهذا لو حلف لا يحلف فقال

هذه

هذه المقالة لا يحنث بخلاف ما اذا قال أنت حر اذا جاء غد لان ذلك تعليق بشرط لوجود كلمة التعليق فان قيل كيف يكون تعليقا بشرط والشرط ما في وجوده خطر ومجيء الغد كائن لا محالة قيل له من مشايخنا من قال ان الغد في مجيئه خطر لاحتمال قيام الساعة في كل ساعة قال الله سبحانه وتعالى وما أمر الساعة الا كلمح البصر أو هو أقرب فيصلح مجيء الغد شرطا لكن هذا الجواب ليس بسديد لان الساعة لا تقوم الا عند وجود اشراطها من خروج يأجوج ومأجوج ودابة الارض وخروج الدجال وطلوع الشمس من مغربها ونحو ذلك مما دل عليه الكتاب و وردت به الاخبار والجواب الصحيح ان يقال ان مجيء الغد وان كان متيقن الوجود يمكن كونه شرطا لوقوع العتق وليس بمتيقن الوجود بل له خطر الوجود والعدم لاحتمال موت العبد قبل مجيء الغد أو موت المولى أو موتهما وحينئذ لا يكون شرطا العدم تصور الجزاء على ان الشرط اسم لما جعل علما لنزول الجزاء سواء كان موهوم الوجود أو متيقن الوجود وأما الاضافة الى وقت موصوف فنحو ان يقول لعبده أنت حر قبل دخولك الدار بشهر أو قبل قدوم فلان بشهر أو قبل موت فلان بشهر ولا شك انه لا يعتق قبل وجود الوقت الموصوف حتى لو وجد شيء من هذه الحوادث قبل تمام الشهر لا يعتق لانه أضاف العتق الى الوقت الموصوف فلا يثبت قبله و يشترط تمام الشهر وقت التكلم وان كان العبد في ملكه قبل ذلك بشهور بل بسنين لان اضافة العتق الى وقت ايجاب العتق فيه غير ايجاب العتق في الزمان الماضي وايجاب العتق في الزمان الماضي لا يتصور فلا يحمل كلام العاقل عليه ولا شك ان العتق ثبت عند وجود هذه الحوادث لتمام الشهر واختلف في كيفية ثبوته فقال زفر يثبت من أول الشهر بطريق الظهور وقال أبو يوسف ومحمد يثبت مقتصرا على حال وجود الحوادث وأبو حنيفة فرق بين القدوم والدخول و بين الموت فقال في القدوم والدخول كما قالا و في الموت كما قال زفر حتى لو كان المملوك أمة فولدت في وسط الشهر يعتق الولد في قول أبي حنيفة و زفر وعندهما لا يعتق وجه قول زفر انه أوقع العتق في وقت موصوف بكونه متقدما على هذه الحوادث بشهر فاذا وجدت بعد شهر متصلة به علم ان الشهر من أوله كان موصوفا بالتقدم عليها لا محالة فتبين ان العتق كان واقعا في أول الشهر كما اذا قال أنت حر قبل رمضان بشهر ولا فرق سوى ان هناك يحكم بالعتق من أول هلال شعبان ولا يتوقف على مجيء شهر رمضان وههنا لا يحكم بالعتق من أول الشهر لان ثمة رمضان يتصل بشعبان لا محالة وههنا وجود هذه الحوادث يحتمل ان يتصل بهذا الشهر و يحتمل أن لا يتصل لجواز انها لا توجد أصلا فاما في ثبوت العتق في المسئلتين من ابتداء الشهر فلا يختلفان ولهذا قال أبو حنيفة ثبوت العتق بطريق الظهور في الموت وجه قولهما ان هذا في الحقيقة تعليق العتق بهذه الحوادث لانه أوقع العتق في شهر متصف بالتقدم على هذه الحوادث ولا يتصف بالتقدم عليها الا باتصالها به ولا تتصل به الا بعد وجودها فكان ثبوت العتق على هذا التدريج متعلقا بوجود هذه الحوادث فيقتصر على حال وجودها ولهذا قال أبو حنيفة هكذا في الدخول والقدوم كذا في الموت بخلاف شعبان لان اتصاف شعبان بكونه متقدما على رمضان لا يقف على مجيء رمضان و وجه الفرق لابي حنيفة بين الدخول والقدوم و بين الموت ان في مسئلة القدوم والدخول بعد ما مضى شهر من وقت التكلم يبقى الشهر الذي أضيف اليه العتق هو موهوم الوجود قد يوجد وقد لا يوجد لان قدوم فلان موهوم الوجود قد يوجد وقد لا يوجد فان وجد يوجد هذا الشهر والا فلا لما ذكرنا ان هذا الشهر لا وجود له بدون الاتصاف ولا اتصاف بدون الاتصال ولا اتصال بدون القدوم اذ الاتصال انما يتصور بين موجودين لا بين موجود ومعدوم فصار العتق وان كان مضافا الى الشهر متعلقا بوجود القدوم فكان هذا تعليقا ضرورة فيقتصر الحكم المتعلق به على حال وجود الشرط كما في سائر التعليقات فاما في مسئلة الموت فبعد ما مضى شهر من زمن الكلام لم يبق ذات الشهر الذي أضيف اليه العتق موهوم الوجود بل هو كائن لا محالة لان الموت كائن لا محالة فصار هذا الشهر متحقق الوجود بلا شك بخلاف الشهر المتقدم على الدخول والقدوم غير انه مجهول الذات فلا يحكم بالعتق قبل وجود الموت واذا وجد فقد وجد المعرف للشهر بخلاف الشهر

المتقدم على شهر رمضان فانه معلوم الذات لانه كما وجد شعبان علم انه موصوف بالتقدم على رمضان وههنا بخلافه وبخلاف القدوم والدخول فان بعد مضى شهر من وقت الكلام بقى ذات الشهر الذى أضيف اليه العتق موهوم الوجود فلم يكن القدوم معرفا للشهر بل كان محصلا للشهر الموصوف بهذه الصفة بحيث لولا وجوده لما وجد هذا الشهر البتة فكان الموت مظهرا معينا للشهر فيظهر من الاصل من حين وجوده ثم اختلف مشايخنا فى كيفية الظهور على مذهب أبى حنيفة قال بعضهم هو ظهور محض فتبين ان العتق كان واقعا من أول الشهر من غير اعتبار حالة الموت وهو ان يعتبر الوقوع أولا ثم يسرى الى أول الشهر لان الاصل اعتبار التصرف على الوجه الذى أثبته المتصرف والمتصرف أضاف العتق الى أول الشهر المتقدم على الموت فيقع فى أول الشهر لا فى آخره فكان وقت وقوع الطلاق أول الشهر فيظهر ان العتق وقع من ذلك الوقت كما اذا قال ان كان فلان فى الدار فعبده حر فمضت مدة ثم علم انه كان فى الدار يوم التكلم يقع العتق من وقت التكلم لا من وقت الظهور وهؤلاء قالوا لو كان مكان العتاق طلاق ثلاث فالعدة تعتبر من أول الشهر فى قول أبى حنيفة حتى لو حاضت فى الشهر حيضتين ثم مات فلان كانت الحيضتان محسوبتين من العدة ولو كان قال أنت طالق قبل موت فلان بشهرين أو ثلاثة أشهر ثم مات فلان لتمام المدة أو كانت المرأة رأت ثلاثة حيض فى المدة تبين عند موته ان الطلاق كان واقعا وان العدة قد انقضت كما لو قال ان كان زيد فى الدار فامرأتى طالق ثم علم بعد ما حاضت المرأة ثلاثة حيض انه كان فى الدار يوم التكلم به تبين انها قد طلقت من ذلك الوقت وانها منقضية العدة كذا هذا وكذلك لو قال ان كان حمل فلانة غلاما فانت طالق فولدت غلاما يقع الطلاق على طريق التبيين كذا هذا والذى يؤيد ما قلنا ان رجلا لو قال آخر امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات طلقت الثانية على وجه التبيين المحض عند أبى حنيفة وان كان لا يحكم بطلاقها ما لم يمت كذا ههنا وقالوا لو خالعها فى وسط الشهر ثم مات فلان لتمام الشهر فالخلع باطل ويؤمر الزوج برد بدل الخلع سواء كانت عند الموت معتدة أو منقضية العدة أو كانت ممن لا عدة عليها بان كانت غير مدخول بها وهؤلاء طعنوا فيما ذكر محمد فى الكتاب لتخريج قول أبى حنيفة انه ان مات فلان وهى فى العدة يحكم ببطلان الخلع ويؤمر الزوج برد بدل الخلع وان كانت غير معتدة وقت موت فلان بان كان بعد الخلع قبل موت فلان أسقطت سقطا أو كانت غير مدخول بها لا يبطل الخلع ولا يؤمر الزوج برد بدل الخلع وقالوا هذا التخريج لا يستقيم على قول أبى حنيفة لان هذا ظهور محض فتبين عند وجود الجزء الاخير ان هذا الشهر من ابتداء وجوده موصوف بالتقدم فتبين ان الطلقات الثلاث كانت واقعة من ذلك الوقت سواء كانت معتدة أو غير معتدة كما لو قال ان كان فلان فى الدار فامرأته طالق ثم خالعها ثم تبين انه كان يوم الحلف فى الدار انه يتبين ان الخلع كان باطلا على الاطلاق سواء كانت معتدة أو لم تكن كذا ههنا والفقه ان وقت الموت اذا لم يكن وقت وقوع الطلاق لا يعتبر فيه قيام الملك والعدة وعامة مشايخنا قالوا ان العتق أو الطلاق يقع وقت الموت ثم يستند الى أول الشهر الا انه يظهر انه كان واقعا من أول الشهر ووجهه مما لا يمكن الوصول اليه الا بمقدمة وهى ان ما كان الدليل على وجوده قائما يجعل موجودا فى حق الاحكام لان اقامة الدليل مقام المدلول أصل فى الشرع والعقل ألا ترى ان الخطاب يدور مع دليل القدرة وسببها دون حقيقة القدرة ومع دليل العلم وسببه دون حقيقة العلم حتى لا يعذر الجاهل بالله عز وجل لقيام الآيات الدالة على وجود الصانع ولا بالشرائع عند امكان الوصول الى معرفتها بدليلها ثم الدليل وان خفى بحيث يتعذر الوصول اليه يكتفى به اذا كان ممكن الحصول فى الجملة اذ الدلائل تتفاوت فى نفسها فى الجلاء والخفاء والمستدلون أيضا يتفاوتون فى الغباوة والذكاء فالشرع أسقط اعتبار هذا التفاوت فكانت العبرة لاصل الامكان فى هذا الباب وأما ما كان الدليل فى حقه منعدما فهو فى حق الاحكام ملحق بالعدم واذا عرف هذا فنقول الشهر الذى يموت فلان فى آخره فان اتصف بالتقدم من وقت وجوده لكن كان دليل اتصافه منعدما أصلا فلم يكن لهذا الاتصاف عدة ويبقى ملك النكاح الى آخر جزء من أجزاء الشهر فيعلم

كونه متقدما على موته ومن ضرورة اتصاف هذا الجزء بالتقدم اتصاف جميع الاجزاء المتقدمه عليه الى تمام الشهر ولا يظهر ان دليل الاتصاف كان موجودا فى أول الشهر اذ الدليل هو آخر جزء من أجزاء الشهر ووجود الجزء الاخير من الشهر مقارنا لاول الشهر محال فلم يكن دليل اتصاف الشهر بكونه متقدما موجودا فلم يعتبر هذا الاتصاف فبقى ملك النكاح الى وقت وجود الجزء الاخير فيحكم فى هذا الجزء بكونها طالقا ومن ضرورة كونها طالقا فى هذا الجزء ثبوت الانطلاق من الاصل لانها تكون طالقا بذلك الطلاق المضاف الى أول الشهر الموصوف بالتقدم على الموت فلاجل هذه الضرورة حكم بالطلاق من أول الشهر لكن بعد ما كان النكاح الى هذا الوقت قائما العدم دليل الاتصاف بالتقدم على ما بينا ثم لما حكم بكونها طالقا للحال وثبت الانطلاق فيما مضى من أول الشهر ضرورة جعل كان الطلاق يقع للحال ثم بعد وقوعه يسرى الى أول الشهر هكذا يوجب ضرورة ما بينا من الدليل واذا جعل هكذا يخرج عليه المسائل أما العدة فانها تجب فى آخر جزء من أجزاء حياة فلان الميت لانها مما يحتاط فى ايجابها فوجبت للحال وجعل كان الطلاق وقع للحال وأما الخلع فان كانت العدة باقية وقت الموت لم يصح وان كانت منقضية العدة صح لانها اذا كانت باقية كان النكاح باقيا من وجه ويحكم ببقائه الى هذه الحالة لضرورة عدم الدليل ثم يحكم للحال بكونها طالقا بذلك الطلاق المضاف وسرى واستند الى أول الشهر علم انه خالعها وهى بائنة عنه فلم يصح الخلع ويؤمر الزوج برد بدل الخلع واذا كانت منقضية العدة وقت الموت فالنكاح الذى كان يبقى الى آخر جزء من أجزاء حياته لضرورة عدم الدليل لا يبقى لارتفاعه بالخلع فبقى النكاح الى وقت الخلع ولم يظهر انه كان مرتفعا عند الخلع فحكم بصحة الخلع ولا يؤمر الزوج برد بدل الخلع بخلاف ما اذا قال ان كان زيد فى الدار لان دليل الوقوف على كون زيد فى الدار موجود حالة التكلم فانعقد الطلاق تنجيزا لو كان هو فى الدار لان التعليق بالموجود تحقق وبخلاف ما اذا قال ان كان حمل فلانة غلاما لان الولد فى البطن يمكن الوقوف فى الجملة على صفة الذكورة والانوثة فانه ما من ساعة الا ويجوز ان يسقط الحمل فانعقد الطلاق تنجيزا ثم علمنا بعد ذلك وبخلاف ما اذا قال آخر امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات انه يقع الطلاق على الثانية من طريق التبيين لان هناك لما تزوج الثانية اتصفت بكونها آخر الوجود حد الآخر وهو الفرد اللاحق وهى فرد وهى لاحقة ألا ترى انه يقول امرأتى الاولى وامرأتى الاخيرة الا انه لا يحكم بوقوع الطلاق للحال لاحتمال انه يتزوج بثالثة فتسلب صفة الآخرية عن الثانية فاذا مات قبل أن يتزوج بثالثة تقررت صفة الآخرية للثانية من الاصل فحكم بوقوع الطلاق من ذلك الوقت وههنا دليل اتصاف الشهر بالتقدم منعدم فى أول الشهر وما لا دليل عليه يلحق بالعدم وهو هذا بخلاف ما اذا قال لامرأته ان لم أتزوج عليك فانت طالق ولم يتزوج حتى مات انه يقع الطلاق على امرأته مقتصرا على الحال لان هناك علق الطلاق صريحا بعدم التزوج والعدم يستوعب العمر ألا ترى انه لو تزوج فى العمر مرة لا يوصف بعدم التزوج لان الوجود قد تحقق والعدم يقابل الوجود فلا يتحقق مع الوجود فيتم ثبوته عند الموت والمعلق بشرط ينزل عند تحقق الشرط بتمامه فوقع مقتصرا على حال وجود الشرط وأما هذا فليس بتعليق الطلاق بشرط بل هو اضافة الطلاق الى وقت موصوف بصفة فيتحقق الطلاق عند تحقق الصفة بدليله على التقدير الذى ذكرنا والله عز وجل الموفق ولو قال لامرأته أنت طالق قبل موتى بشهر أو قبل موتك بشهر فمات لتمام الشهر أو ماتت لا يقع الطلاق عندهما وعند أبى حنيفة يقع فهما فرقا بين الطلاق والعتاق فقالا العتاق يقع والطلاق لا يقع لان عندهما هذا تصرف تعليق الطلاق والعتاق بالشرط والمعلق بالشرط ينزل بعد وجود الشرط والزوج بعد الموت ليس من أهل ايقاع الطلاق ولا المرأة بعد موتها محل لوقوع الطلاق عليها بخلاف العتق لانه يقع بعد الموت كما فى التدبير والله عز وجل أعلم ولو قال لعبده أنت حر قبل موت فلان وفلان بشهر أو قبل قدوم فلان وفلان بشهر فان مات أحدهما أو قدم قبل مضى شهر لا يعتق أبدا لانه أضاف العتق الى شهر موصوف بالتقدم على موتهما أو قدومهما ولم يوجد ولا يتصور

وجوده بعد ذلك لانه لو تم الشهر بعد موت أحدهما أو قدوم أحدهما كان موصوفا بالتقدم على موت أحدهما أو قدوم أحدهما وهو ما أضاف العتق الى هذا الشهر بل الى شهر موصوف بالتقدم على موتهما أو قدومهما جميعا وهذا غير ذلك وان مضى شهر ثم مات أحدهما عتق العبد وان لم يمت الآخر بعد بخلاف ما اذا قال أنت حر قبل قدوم فلان وفلان بشهر ثم قدم أحدهما لتمام الشهر انه لا يعتق ما لم يقدم الآخر ووجه الفرق على ما بينا فيما تقدم وهو انه اذا مات أحدهما تحقق كون الشهر سابقا على موتهما واذا قدم أحدهما لم يتحقق كون الاول سابقا على قدومهما وانما يتحقق عند وجود قدومهما جميعا فكان القياس ان لا يعتق ما لم يموتا جميعا فى لحظة واحدة بعد مضى شهر فكذا فى القدوم وهو قول على الرازى لان العتق أضيف الى شهر موصوف بالتقدم على موتهما أو قدومهما متصل بهما لانه أضاف العتق الى شهر متقدم على موتهما أو قدومهما ومن ضرورة ذلك وجود موتهما أو قدومهما جميعا وعند ثبوت التراخى فيما بين الموتين أو القدومين يكون العتق واقعا قبل موت أحدهما أو قدوم أحدهما بشهر وقبل موت الآخر أو قدوم الآخر بشهر وانه خلاف ما أضاف فلا يقع بخلاف ما اذا قال أنت حر قبل يوم الفطر والأضحى بشهر حيث يعتق كما أهل هلال رمضان لان وجود وقت متصف بالتقدم عليهما بشهر مستحيل والعاقل لا يقصد بكلامه المستحيل فعلم انه أراد به اضافة العتق الى وقت موصوف بالتقدم على أحد اليومين بشهر وعلى الآخر بمدة غير مقدرة وفيما نحن فيه لا استحالة فيراعى عين ما أضاف اليه وجوب الاستحالة عن هذا ان الاصل فى أحكام الشرع ان المستحيل عادة يلحق بالمستحيل حقيقة وقدوم شخص فى جزء لا يتجزأ من الزمان بحيث لا يتقدم أحدهما على صاحبه مستحيل عادة وكذا موت شخصين على هذا الوجه والجواب فى المستحيل حقيقة وهو مسئلة الفطر والأضحى هكذا فكذا فى المستحيل عادة وكذا لو قال أنت حر قبل قدوم فلان وموت فلان بشهر فان مات أحدهما أو قدم أحدهما قبل مضى الشهر لا يعتق أبدا لما قلنا وان مات أحدهما لتمام الشهر لا يعتق حتى يقدم الآخر وان قدم أحدهما بعد مضى الشهر عتق ولا ينتظر موت الآخر الا انه لا يستدل لما ذكرنا ان الموت كائن لا محالة والقدوم موهوم الوجود ولو قال أنت حر الساعة ان كان فى علم الله عز وجل ان فلانا يقدم الى شهر فهذا وقوله قبل قدوم فلان بشهر سواء لانه لا يراد بهذا علم الله تعالى الازلى القائم بذاته عز وجل وانما يراد به ظهور هذا القدوم المعلوم لنا وقد يظهر لنا وقد لا يظهر فكان شرطا فيقتصر العتق على حالة وجود الشرط كما فى سائر التعليقات بشروطها والله عز وجل أعلم ولو قال أنت حر بعد موتى بشهر فكاتبه فى نصف الشهر ثم مات لتمام الشهر فان كان استوفى بدل الكتابة ثم مات لتمام الشهر كان العتق حاصلا بجهة الكتابة وان كان لم يستوف بعد بدل الكتابة عتق بالاعتاق السابق وسقط اعتبار الكتابة عند أبى حنيفة وهذا يدل على ان العتق يثبت بطريق الاستناد عنده وقال أبو القاسم الصفار انه تبطل الكتابة من الاصل سواء كان استوفى بدل الكتابة أو لم يستوف وهو قياس قول من يقول بثبوت العتق من طريق الظهور المحض لانه تبين ان العتق يثبت من أول الشهر فيتبين ان الكتابة لم تصح وقد ذكرنا تصحيح ما ذكر فى الكتاب وهو العتق بطريق الاستناد فيما تقدم فلا نعيده وعندهما ان استوفى بدل الكتابة فالامر ماض لان العتق عندهما يثبت مقتصرا على حال الموت وهو حر فى هذه الحالة لوصوله الى الحرية بسبب الكتابة عند أداء البدل وان كان لم يستوف بعد بدل الكتابة فان كان العبد يخرج من الثلث عتق من جميع المال وان لم يكن له مال غيره عتق ثلثه بالتدبير لانه مدبر مقيد لان عتقه علق بموت موصوف بصفة قد يوجد على تلك الصفة وقد لا يوجد ويسعى فى الاقل من ثلثى قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند أبى يوسف وعند محمد يسعى فى الاقل من ثلثى بدل الكتابة ومن ثلثى قيمته وأصل المسئلة ان من دبر عبده ثم كاتبه ثم مات المولى ولا مال له غيره يعتق ثلثه مجانا بالتدبير ثم يسعى فى الاقل من ثلثى قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد فى الاقل من ثلثى قيمته ومن ثلثى بدل الكتابة فهذا على ذلك الا ان عند أبى حنيفة يخير بين ان يسعى فى هذا وبين ان يسعى فى ذاك وعندهما يسعى فى الاقل

منها بدون التخيير ثم عند أبي حنيفة في مسئلة الكتابة يعتبر صحة المالك ومرضه في أول الشهر هكذا ذكر في النوادر لانه يصير معتقا من ذلك الوقت وقيل هذا هو الحيلة لمن أراد أن يدبر عبده ويعتق من جميع المال وان كان لا يخرج من الثلث بان يقول أنت حر قبل موتي بشهر أو شهرين أو ثلاثة أشهر أو ما شاء من المدة ليعتق من ذلك الوقت وهو فيه صحيح فيعتق من جميع المال وعندهما كيف ما كان يعتبر عتقه من الثلث لانه يصير عندهما معتقا بعد الموت والله عز وجل المستعان وأما الاضافة الى وقتين فالاصل فيه ان المضاف الى وقتين ينزل عند أولهما والمعلق بشرطين ينزل عند آخرهما والمضاف الى أحد الوقتين غير عين فينزل عند أحدهما والمعلق بأحد شرطين غير عين ينزل عند أولهما ولو جمع بين فعل ووقت يعتبر فيه الفعل وينزل عند وجوده في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه ينزل عند أولهما أيهما كان وبيان هذه الجملة اذا قال لعبده أنت حر اليوم وغدا يعتق في اليوم لانه جعل الوقتين جميعا ظرفا للعتق فلو توقف وقوعه على أحدهما لكان الظرف واحد الوقتين لا كلاهما وانه ايقاع تصرف العاقل لا على الوجه الذي أوقعه ولو قال أنت حر اليوم غدا أعتق في اليوم لانه أضاف الاعتاق الى اليوم ثم وصف اليوم بانه غد وانه محال ويبطل وصفه وبقيت الاضافة الى اليوم ولو قال أنت حر غدا اليوم يعتق في الغد لانه أضاف العتق الى الغد ووصف الغد باليوم وهو محال فلم يصح وصفه وبقيت اضافته العتق الى الغد فيعتق في الغد ولو قال أنت حر ان قدم فلان وفلان فما لم يقدما جميعا لا يعتق لانه علق عتقه بشرطين فلا ينزل الا عند آخرهما اذ لو نزل عند أولهما لبطل التعليق بهما ولكان ذلك تعليقا بأحدهما وهو علق بهما جميعا لا بأحدهما ولو قال أنت حر اليوم أو غدا يعتق في الغد لانه جعل أحد الوقتين ظرفا فلو عتق في اليوم لكان الوقتان جميعا ظرفا وهذا خلاف تصرفه ولو قال أنت حر ان قدم فلان أو غدا فان قدم فلان قبل مجيء الغد عتق وان جاء الغد قبل قدوم فلان لا يعتق ما لم يقدم في جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف ان أيهما سبق مجيؤه يعتق عند مجيئه والاصل فيه انه ذكر شرطا ووقتا في تصرف واحد ولا يمكن الجمع بينهما لما بين التعليق بشرط وبين الاضافة الى وقت من التنافي فلا بد من اعتبار أحدهما وترجيحه على الآخر فابو يوسف رجح جانب الشرط لان الشرط لا يصلح ظرفا والظرف قد يصلح شرطا فكان الرجحان لجانب الشرط فاعتبره تعليقا بأحد الشرطين فينزل عند وجود أولهما أيهما كان كما اذا نص على ذلك ونحن رجحنا السابق منهما في اعتبار التعليق والاضافة فان كان الفعل هو السابق يعتبر التصرف تعليقا واعتباره تعليقا يقتضي نزول العتق عند اول الشرطين كما اذا علقه بأحد شرطين نصا وان كان الوقت هو السابق يعتبر اضافته واعتبارها يقتضي نزول العتق عند آخر الوقتين كما اذا أضاف الى آخر الوقتين نصا والله عز وجل أعلم وأما الذي يرجع الى نفس الركن فهو ما ذكرنا في الطلاق وهو ان يكون الركن عاريا عن الاستثناء رأسا كيفما كان الاستثناء وضعيا كان أو عرفيا عند عامة العلماء والكلام في الاستثناء في العتاق وبيان أنواعه وماهية كل نوع وشرائط صحته على نحو الكلام في باب الطلاق وقد ذكرنا ذلك كله في كتاب الطلاق ولا يختلفان الا في شيء واحد وهو انه يتصور استثناء بعض العدد في الطلاق ولا يتصور في العتاق لان الطلاق ذو عدد فيتصور فيه استثناء بعض العدد والعتق لا عدد له فلا يتصور فيه استثناء بعض العدد وانما يتصور استثناء بعض الجملة الملفوظة نحو ان يقول لعبيده أنتم أحرار الا سالما لان نص الاستثناء مع نص المستثنى منه تكلم بالباقي ولو استثنى عتق بعض العبد يصح عند أبي حنيفة ولا يصح عندهما بناء على ان العتق يتجزأ عنده فيكون استثناء البعض من الكل فيصح وعندهما لا يتجزأ فيكون استثناء الكل من الكل فلا يصح وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد فيمن قال غلاماي حران سالم وبزيع الا بزيعا ان استثناءه جائز لانه ذكر جملة ثم فصلها بقوله سالم وبزيع فانصرف الاستثناء الى الجملة الملفوظ بها فكان استثناء البعض من الجملة الملفوظة فصح وليس كذلك ما اذا قال سالم حر وبزيع الا سالما لانه لما ذكر كل واحد منهما بانفراده كان هذا استثناء عن كل واحد منهما فكان استثناء الكل من الكل فلا يصح ولو قال

أنت حر وحر ان شاء الله تعالى بطل الاستثناء فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد الاستثناء جائز وجه قولهما ان هذا كلام واحد معطوف بعضه على بعض بحرف العطف فلا يقع به الفصل بين المستثنى والمستثنى منه كما لو قال أنت حر لله ان شاء الله تعالى ولابى حنيفة ان قوله حر وحر لغو لثبوت الحرية باللفظ الاول فكان فاصلا بمنزلة السكوت بخلاف قوله أنت حر لله ان شاء الله تعالى لان قوله لله تعالى ليس بلغو فلا يكون فاصلا وروى ابن سماعة فى نوادره عن محمد فى رجل له خمسة من الرقيق فقال عشرة من مماليكى الا واحدا أحرار انه يعتق الخمسة جميعا لانه لما قال عشرة من مماليكى أحرار الا واحدا فقد استثنى الواحد من العشرة والاستثناء تكلم بالباقى فصار كانه قال تسعة من مماليكى أحرار وله خمسة ولو قال ذلك عتقوا جميعا كذا هذا ولو قال مماليكى العشرة أحرار الا واحدا عتق منهم أربعة لان هذا رجل ذكر مماليكه وغلط فى عددهم بقوله العشرة فيلغو هذا القول ويبقى قوله مماليكى أحرار الا واحدا ولو قال ذلك وله خمسة مماليك يعتق أربعة منهم كذا هذا والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة الاعتاق فهى ان الاعتاق هل يتجزأ أم لا وقد اختلف فيه قال أبو حنيفة يتجزأ سواء كان المعتق موسرا أو معسرا وقال أبو يوسف ومحمد لا يتجزأ كيفما كان المعتق وقال الشافعى ان كان معسرا يتجزأ وان كان موسرا لا يتجزأ والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم قال بعضهم فيمن أعتق نصف عبد بينه وبين غيره انه يعتق نصفه ويبقى الباقى رقيقا يجب تخريجه الى العتاق وهو مذهب عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وقال بعضهم يعتق كله وليس للشريك الا الضمان وقال على وابن عباس رضى الله عنهما عتق ما عتق ورق ما رق هما احتجا بالنص والمعقول والاحكام أما النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق شقصا له من عبد عتق كله ليس لله فيه شريك وهذا نص على عدم التجزى وفى رواية من أعتق شركا له فى عبد فقد عتق كله ليس لله فيه شريك وأما المعقول فهو ان العتق فى العرف اسم لقوة حكمية دافعة يد الاستيلاء والرق اسم لضعف حكمى يصير به الآدمى محلا للتملك فيعتبر الحكمى بالحقيقى وثبوت القوة الحقيقية والضعف الحقيقى فى النصف شائعا مستحيل فكذا الحكمى ولان للعتق آثارا من المالكية والولاية والشهادة والارث ونحوها وثبوت هذه الآثار لا يحتمل التجزى ولهذا لم يتجزأ فى حال الثبوت حتى لا يضرب الامام الرق فى انصاف السبايا ويمن عليهم بالانصاف كذا فى حالة البقاء وأما الاحكام فان اعتاق النصف قد تعدى الى النصف الباقى فى الاحكام حتى امتنع جواز التصرفات الناقلة للملك فيه من البيع والهبة والصدقة والوصية عند أصحابنا وكذا يجب تخريجه الى عتق الكل بالضمان أو بالسعاية حتى يجبره القاضى على ذلك وهذا من آثار عدم التجزى وكذا الاستيلاد لا يتجزأ حتى لو استولد جارية بينه وبين شريكه وادعاه تصير كلها أم ولد له بالضمان ومعلوم ان الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقة الحرية فالحق اذا لم يتجزأ فالحقيقة أولى وكذا لو عتق نصف أم ولده أو أم ولد بينه وبين شريكه عتق كلها واذا لم يكن الاعتاق متجزئا لم يكن المحل فى حق العتق متجزئا واضافة التصرف الى بعض ما لا يتجزأ فى حقه يكون اضافة الى الكل كالطلاق والعفو عن القصاص والله أعلم ولابى حنيفة النصوص والمعقول والحكم أما النص فما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق نصيبا له من مملوك كلف عتق بقيته وان لم يكن عنده ما يعتقه فيه جاز ما صنع وروى كلف عتق ما بقى وروى وجب عليه أن يعتق ما بقى وذلك كله نص على التجزى لان تكليف عتق الباقى لا يتصور بعد ثبوت العتق فى كله وقوله صلى الله عليه وسلم جاز ما صنع اشارة الى عتق البعض اذ هو الذى صنعه لا غير وروى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أيضا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق شركا له فى عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا عتق ما عتق والحديث يدل على تعلق عتق الباقى بالضمان اذا كان المعتق موسرا وعلى عتق البعض ان كان معسرا فيدل على التجزى فى حالة اليسار والاعسار وروى عن أبى هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه

قال

قال من كان له شقص فى مملوك فأعتقه فعليه خلاصه من ماله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد فى رقبته غير مشقوق عليه وفى رواية من أعتق شقصا له من مملوك فعليه أن يعتقه كله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه وأما المعقول فهو ان الاعتاق ان كان تصرفا فى الملك والمالية بالازالة فالملك متجزئ وكذا المالية بلا شك حتى تجرى فيه سهام الورثة ويكون مشتركا بين جماعة كثيرة من الغانمين وغيرهم وان كان تصرفا فى الرق فالرق متجزئ أيضا لان محله متجزئ وهو العبد واذا كان محله متجزئا كان هو متجزئا ضرورة وأما حكم الاثنين اذا أعتقا عبدا مشتركا بينهما كان الولاء بينهما نصفين والولاء من أحكام العتق فدل تجزؤه على تجزى العتق وأما الحديث فقد قيل انه غير مرفوع بل هو موقوف على عمر رضى الله عنه وقد روى عنه خلافه فانه روى أنه قال فى عبد بين صبى و بالغ أعتق البالغ نصيبه قال ينتظر بلوغ الصبى فاذا بلغ ان شاء أعتق وان شاء استسعى ولئن ثبت رفعه فتأويله من وجهين أحدهما ان معنى قوله عتق كله أى استحق عتق كله لانه يجب تخريج الباقى الى العتق لا محالة فيعتق الباقى لا محالة بالاستسعاء أو بالضمان وما كان مستحق الوجود يسمى باسم الكون والوجود قال الله تعالى انك ميت وانهم ميتون والثانى أنه يحتمل أن المراد منه عتق كله للحال ويحتمل ان المراد منه عتق كله عند الاستسعاء والضمان فنحمله على هذا عملا بالاحاديث كلها وأما قولهما ان العتق قوة حكمية فيعتبر بالقوة الحقيقية وثبوتها فى البعض شائعا ممتنع فكذا الحكمية فنقول لم قلتم ان اعتبار الحكم بالحقيقة لازم أليس ان الملك عبارة عن القدرة الحكمية والقوة والقدرة سواء ثم الملك يثبت فى النصف شائعا وهذا لان الامر الشرعى يعرف بدليل الشرع وهو النص والاستدلال لا بالحقائق وما ذكر من الآثار فليست من لوازم العتق ألا ترى أنه يتصور ثبوت العتق بدونها كما فى الصبى والمجنون بل هى من الثمرات وفوات الثمرة لا يخل بالذات ثم انها من ثمرات حرية كل الشخص لا من ثمرات حرية البعض فان الولايات والشهادات شرعت قضاء حق العاجزين شكرا لنعمة القدرة وذلك عند كمال النعمة وهو أن ينقطع عنه حق المولى ليصل الى اقامة حقوق الغير وقولهما لا يتجزأ ثبوته كذا زواله من مشايخنا من منع وقال ان الامام اذا ظهر على جماعة من الكفرة وضرب الرق على انصافهم ومن على الانصاف جاز ويكون حكمهم حكم معتق البعض فى حالة البقاء ثم ان سلمنا فالرق متجزئ فى نفسه حالة الثبوت لكنه تكامل لتكامل سببه وهو الاستيلاء اذ لا يتصور وروده على بعض المحل دون بعض وفى حالة البقاء وجد سبب زواله كاملا وقاصراً فيثبت كاملا وقاصراً على حسب السبب وأما التخريج الى الاعتاق وامتناع جواز التصرفات فليس لعدم التجزى بل لمعنى آخر نذكره ان شاء الله تعالى وأما الاستيلاد فممنوع أنه لا يتجزأ بل هو متجزئ فان الامة المشتركة بين اثنين اذا جاءت بولد فادعياه جميعا صارت أم ولد لهما الا أنه اذا ادعى أحدهما صارت كلها أم ولد له لوجود سبب التكامل وهو نسبة كل أم الولد اليه بواسطة الولد على ما نذكره فى كتاب الاستيلاد وما من متجزئ الا وله حال الكمال اذا وجد السبب بكمال يتكامل واذا وجد قاصرا لا يتكامل بل يثبت بقدره وفى مسئلتنا وجد قاصرا فلم يتكامل وكذا اعتاق أم الولد متجزئ والثابت له عتق النصف وانما يثبت له العتق فى النصف الباقى لا باعتاقه بل لعدم الفائدة فى بقاء نصيب الشريك كما فى الطلاق والعفو عن القصاص على ما عرف فى مسائل الخلاف والله أعلم واذا عرف هذا الاصل يبنى عليه مسائل عبد بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه يعتق نصيبه لا غير عند أبى حنيفة لان الاعتاق عنده متجزئ واعتاق البعض لا يوجب اعتاق الكل بل يعتق بقدر ما أعتق ويبقى الباقى رقيقا وللشريك الساكت خمس خيارات ان شاء أعتق نصيبه وان شاء دبره وان شاء كاتبه وان شاء استسعاه معسرا كان المعتق أو موسرا ويسعى وهو رقيق وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وليس له خيار الترك على حاله لانه لا سبيل الى الانتفاع به مع ثبوت الحرية فى جزء منه وترك المال من غير انتفاع أحد به سيب له وأنه حرام فلا بد من تخريجه الى العتق وله الخيار فى ذلك من الوجوه التى وصفنا أما خيار الاعتاق والتدبير والكتابة فلان نصيبه باق

على ملكه وأنه يحتمل لهذه التصرفات كما فى حال الابتداء وأما خيار السعاية فلان نصيبه صار محتسبا عند العبد لحقه لثبوت العتق له فى نصفه فيصير مضمونا عليه كما اذا انصبغ ثوب انسان بصبغ غيره من غير صنع أحد فاختار صاحب الثوب الثوب انه يجب عليه ضمان الصبغ لصيرورة الصبغ محتسبا عنده لقيامه بثوب مملوك له لا يمكنه التمييز كذا ههنا ولان فى السعاية سلامة نفسه ورقبته له وان لم تصر رقبته مملوكة له ويجوز ايجاب الضمان بمقابلة سلامة الرقبة من غير تملك كالمكاتب وشراء العبد نفسه من مولاه ولان منفعة الاعتاق حصلت فكان عليه ضمانه لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ثم خيار السعاية مذهبنا وقال الشافعى لا أعرف السعاية فى الشريعة والوجه لقوله ان ضمان السعاية اما أن يكون ضمان اتلاف واما أن يكون ضمان تملك ولا اتلاف من العبد بوجه اذ لا صنع له فى الاعتاق رأسا ولا ملك يحصل للعبد فى نفسه بالضمان ولان المولى لا يجب له على عبده دين لما فيه من الاستحالة وهى كون الشئ الواحد واجبا عليه وله ولان العبد معسر والضمان فى هذا الباب لا يجب على المعسر ألا ترى أنه لا يجب على المعتق اذا كان معسرا مع وجود الاعتاق منه فالعبد أولى ولنا ما روينا من حديث أبى هريرة رضى الله عنه وروى محمد ابن الحسن عن أبى يوسف عن الحجاج بن أرطاة عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق عبدا بينه وبين شريكه يقوم نصيب شريكه قيمة عدل فان كان موسرا ضمن نصيب شريكه وان كان معسرا سعى العبد غير مشقوق عليه فدل ان القول بالسعاية لازم فى الجملة عرفها الشافعى أو لم يعرفها وكذا ما ذكرنا من المعانى وبه يتبين ان ضمان السعاية ليس ضمان اتلاف ولا ضمان تملك بل هو ضمان احتباس وضمان سلامة النفس والرقبة وحصول المنفعة لان كل ذلك من أسباب الضمان على ما بينا وقوله لا يجب للمولى على عبده دين قلنا وقد يجب كالمكاتب والمستسعى فى حكم المكاتب عنده الى أن يؤدى السعاية الى الشريك الساكت اذا اختار السعاية أو الى المعتق اذا ضمنه الشريك الساكت لانه يسعى لتخليص رقبته عن الرق كالمكاتب وتثبت فيه جميع أحكام المكاتب من الارث والشهادة والنكاح فلا يرث ولا يورث ولا يشهد ولا يتزوج الا اثنتين لا يفترقان الا فى وجه واحد وهو أن المكاتب اذا عجز يرد فى الرق والمستسعى لا يرد فى الرق اذا عجز لان الموجب للسعاية موجود قبل العجز وبعده وهو ثبوت الحرية فى جزء منه . ولان رده فى الرق ههنا لا يفيد لانا لو رددناه الى الرق لاحتجنا الى أن نجبره على السعاية عليه ثانيا فلا يفيد الرق فان قيل بدل الكتابة لا يلزم العبد الا برضاه والسعاية تلزمه من غير رضاه فأنى يستويان فالجواب انه انما كان كذلك لان بدل الكتابة يجب بحقيقة العقد اذ المكاتبة معاوضة من وجه فافتقرت الى التراضى والسعاية لا تجب بعقد الكتابة حقيقة بل بكتابة حكمية ثابتة بمقتضى اختيار السعاية فلا يقف وجوبها على الرضا لان الرضا انما شرط فى الكتابة المبتدأة لانه يجوز أن يرضى بها العبد ويجوز أن لا يرضى بها ويختار البقاء على الرق فوقفت على الرضا وههنا لا سبيل الى استبقائه على الرق شرعا اذ لا يجوز ذلك فلم يشرط رضاه للزوم السعاية ثم اختلف أصحابنا فقال أبو حنيفة هذا الخيار يثبت للشريك الذى لم يعتق سواء كان المعتق معسرا أو موسرا وقال أبو يوسف ومحمد لا يثبت الا اذا كان معسرا لان الاعتاق لما لم يكن متجزئا عندهما كان المعتق متلفا نصيب الشريك فوجب عليه الضمان ووجوب الضمان يمنع وجوب السعاية فكان ينبغى أن لا يجب حال الاعسار أيضا وأن لا يكون الواجب الا الضمان فى الحالين جميعا وهو قول بشر بن غياث المريسى وهو القياس لان ضمان الاتلاف لا يختلف بالاعسار واليسار الا أنا عرفنا وجوبها على خلاف القياس بالنص الذى روينا والنص وردفيها فى حال الاعسار فحال اليسار يقف على أصل القياس ولما كان متجزئا عنده لم يكن الاعتاق اتلافا لنصيب الشريك حتى يوجب ضمان الاتلاف لكن بقى نصيبه محتسبا عند العبد بحقه بحيث لا يمكن استخلاصه منه وهذا يوجب الضمان على ما بينا وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين حال اليسار وبين حال الاعسار فيثبت خيار السعاية فى الحالين واذا عتق بالاعتاق أو بالسعاية أو ببدل الكتابة فالولاء بينهما لان الولاء للمعتق والاعتاق حصل منهما وأما خيار التضمين حال يسار

المعتق فأمر ثبت شرعا غير معقول المعنى بالاحاديث التي روينا لان الاعتاق اذا كان متجزئا عنده كان المعتق متصرفا في ملك نفسه على طريق الاقتصار ومن تصرف في ملك نفسه لا يؤاخذ بما حدث في ملك غيره عند تصرفه لا بتصرفه كمن أحرق دار نفسه فاحترقت دار جاره أو اسقى أرض نفسه فنزت أرض جاره أو حفر بئرا في دار نفسه فوقع فيها انسان ونحو ذلك الا أن وجوب الضمان حالة اليسار ثبت بالنصوص تعبدا غير معقول فتبقى حالة الاعسار على أصل القياس أو ثبت معقولا بمعنى النظر للشريك كي لا يتلف ماله بمقابلة مال في ذمة المفلس من غير صنع من المعتق في نصيب شريكه فصلح أن يكون موجبا للضمان ومن غير أن يكون في مقابلته عوض فيكون ضمان صلة وتبرع كنفقة المحارم وضمان الصلة والتبرع انما يجب حالة اليسار كما في نفقة الاقارب أو وجب نظرا للعبد لانه تبرع عليه باعتاق نصفه فلم يتم غرضه في ايصال ثمرات العتق الى العبد فوجب عليه الضمان تتميما لغرضه فيختص وجوبه بحالة اليسار ومن مشايخنا من سلك طريقة أخرى لابي حنيفة في ضمان العتق فقال هذا ضمان افساد عنده لان المعتق باعتاقه نصيبه أفسد نصيب شريكه حيث أخرجه من أن يكون منتفعا به في حقه حتى لا يملك فيه سائر التصرفات المزيلة للملك عقيب فعله وانما يملك الاعتاق والسعاية والحكم متى ثبت عقيب وصف مؤثر يضاف اليه الا أنه لا يجب على المعسر نصا بخلاف القياس ومنهم من قال هو ضمان تملك لانه بوجوب الضمان على المعتق يصير نصيب شريكه ملكا له حتى كان له أن يعتق نصيبه مجانا بغير عوض وان شاء استسعى العبد وهذا تفسير ضمان التملك أن يكون بمقابلة الضمان ملك العوض وهذا كذلك ولهذا كان ضمان الغصب ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي وجود الاتلاف كضمان الغصب فان قيل كيف يكون ضمان التملك والمضمون وهو نصيب الشريك لا يحتمل النقل من ملك الى ملك قيل يحتمل النقل الى ملك المعتق بالضمان ان كان لا يحتمل النقل الى ملك غيره ويجوز بيعه منه أيضا في القياس هكذا ذكر في الاصل وقال ان باع الذي لم يعتق نصيبه من المعتق أو وهبه له على عوض أخذه منه وهذا واختياره الضمان سواء في القياس غير أن هذا أفحشهما والبيع هو نقل الملك بعوض الا أن في الاستحسان لا يجوز بيعه من المعتق كما لا يجوز من غيره لكن هذا لا ينفي جواز النقل لا على وجه البيع فان الشئ قد يحتمل النقل الى انسان بالضمان وان كان لا يحتمله بجهة البيع فان الخمر تنتقل الى المسلم بالضمان بأن أتلف على ذمي خمره وان كانت لا تنتقل اليه بالبيع على أن قبول المحل لانتقال الملك فيه بشرط حال انعقاد السبب لا حال أداء الضمان لانه لا يملكه من ذلك الوقت فيراعى قبول المحل في ذلك الوقت ألا ترى أن من غصب من آخر عبدا فهلك في يده ثم أدى الضمان أنه يملكه ومعلوم ان الهالك لا يقبل الملك لكن لما كان قابلا وقت انعقاد السبب والملك يثبت من ذلك الوقت يعتبر قبول المحل فيه وكذا ههنا ثم اذا ضمن الذي أعتق فالمعتق بالخيار ان شاء أعتق ما بقي وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى لما ذكرنا في الشريك الذي لم يعتق لان نصيبه انتقل اليه فقام مقامه وبأي وجه عتق من الاعتاق أو السعاية فولاء العبد كله له لانه عتق كله على ملكه هذا اذا كان المعتق موسرا فأما ان كان معسرا فللشريك أربع خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى لما ذكرنا وأما على قول أبي يوسف ومحمد فيعتق كله لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ فكان اعتاق بعضه اعتاقا لكله ولا خيار للشريك عندهما وانما له الضمان لا غير ان كان المعتق موسرا وان كان معسرا فله السعاية لا غير لما ذكرنا ان المعتق صار متلفا نصيب الشريك فكان ينبغي أن يكون الواجب هو الضمان في حالة اليسار والاعسار الا أن وجوب السعاية حال الاعسار ثبت بخلاف القياس بالنص وأما على قول الشافعي ان كان المعتق موسرا عتق كله وللشريك أن يضمنه لا غير كما قالا وان كان معسرا يعتق ما أعتق ويبقى الباقي محلا لجميع التصرفات المزيلة للملك من البيع والهبة وغير ذلك لان الاعتاق عنده لا يتجزأ في حالة اليسار وفي حالة الاعسار يتجزأ لما ذكرنا من الدلائل لابي حنيفة فيقتصر حكم تصرف المعتق على نصيبه فيبقى نصيبه على ما كان ومن مشايخنا من قال لا خلاف بين أصحابنا في أن العتق لا يتجزأ وانما اختلفوا في الاعتاق وهذا غير سديد لان الاعتاق لما كان

متجزئا عند أبي حنيفة كان العتق متجزئا ضرورة اذ هو حكم الاعتاق والحكم يثبت على وفق العلة ولما لم يكن متجزئا عندهما لم يكن الاعتاق متجزئا أيضا لما قلنا ولان القول بهذا قول بتخصيص العلة لانه يوجد الاعتاق في النصف ويتأخر العتق فيه الى وقت الضمان أو السعاية وانه قول بوجود العلة ولا حكم وهو تفسير تخصيص العلة وأنه باطل ولنا ان العتق وان ثبت في نصيب المعتق على طريق الاقتصار عليه لكن في الاعتاق حق الله عز وجل وحق العبد بالاجماع وانما اختلفوا في الرجحان فالقول بالتمليك ابطال الحقين وهذا لا يجوز وكذا فيه اضرار بالمعتق باهدار تصرفه من حيث الثمرة للحال واضرار بالعبد من حيث الحاق الذل به في استعمال النصف الحر والضرر منفي شرعا فان قيل ان كان في التمليك اضرار بالمعتق ففي المنع من التمليك اضرار بالشريك الساكت لما فيه من منعه من التصرف في ملكه فوقع التعارض فالجواب انا لا نمنعه من التمليك أصلا ورأسا فان له ان يضمن المعتق ويستسعي العبد ويكاتبه وفي التضمين تمليكه من المعتق بالضمان وفي الاستسعاء والمكاتبة ازالة الملك الى عوض وهو السعاية وبدل الكتابة فكان فيما قلنا رعاية الجانبين فكان أولى فان اختار التدبير فدبر نصيبه صار نصيبه مدبرا عند أبي حنيفة لان نصيبه باق على ملكه فيحتمل التخريج الى العتق والتدبير تخريج الى العتق الا أنه لا يجوز له أن يتركه على حاله ليعتق بعد الموت بل يجب عليه السعاية للحال فيؤدى فيعتق لان تدبيره اختيار منه للسعاية. وله أن يعتق لان المدبر قابل للاعتاق وليس له أن يضمن المعتق لان التضمين يقتضي تملك المضمون والمدبر لا يحتمل النقل من ملك الى ملك لان تدبيره اختيار منه للسعاية واختيار السعاية يسقط ولاية التضمين على ما نذكر ان شاء الله تعالى وان اختار الكتابة فكاتب نصيبه يصير نصيبه مكاتبا عند أبي حنيفة لما ذكرنا وكانت مكاتبته اختيارا منه للسعاية حتى لا يملك تضمين المعتق بعد ذلك ولان ملك المكاتب وهو مكاتب لا يحتمل النقل أيضا فتعذر التضمين ويملك اعتاقه لان الكتابة لا تمنع من الاعتاق ثم معتق البعض اذا كوتب فالامر لا يخلو اما ان كاتبه على الدراهم والدنانير واما ان كاتبه على العروض واما ان كاتبه على الحيوان فان كاتبه على الدراهم والدنانير فان كانت المكاتبة على قدر قيمته جازت لانه قد ثبت له اختيار السعاية فاذا كاتبه على ذلك فقد اختار السعاية وتراضيا عليها وان كاتبه على أقل من قيمته يجوز أيضا لانه رضي باسقاط بعض حقه وله أن يرضى باسقاط الكل فهذا أولى وان كاتبه على أكثر من قيمته فان كانت الزيادة مما يتغابن الناس في مثلها جازت أيضا لانها ليست زيادة متحققة لدخولها تحت تقويم أحد المقومين وان كانت مما لا يتغابن الناس في مثلها يطرح عنه الفضل لان مكاتبته اختيار للسعاية والسعاية من جنس الدراهم والدنانير فلا يجوز أخذ الزيادة على القدر المستحق لانه يكون ربا وان كانت المكاتبة على العروض جازت بالقليل والكثير لان الثابت له عليه وهو السعاية من جنس الدراهم والدنانير بالعروض جائز قلت العروض أو كثرت وان كانت على الحيوان جازت لان الحيوان يثبت دينا في الذمة عوضا عما ليس بمال ولهذا جاز ابتداء الكتابة على حيوان ويجب الوسط كذا هذا ولو صالح الذي لم يعتق العبد أو المعتق على مال فهذا لا يخلو عن الاقسام التي ذكرناها في المكاتبة فان كان الصلح على الدراهم والدنانير على نصف قيمته لا شك أنه جائز وكذا اذا كان على أقل من نصف قيمته لانه يستحق نصف القيمة فاذا رضي بدونه فقد أسقط بعض حقه فيجوز وكذا ان كان على أكثر من نصف قيمته مما يتغابن الناس في مثله لما قلنا فأما اذا كان على أكثر من نصف قيمته مما لا يتغابن الناس في مثله فالفضل باطل في قولهم جميعا أما على أصل أبي يوسف ومحمد فظاهر لان نصف القيمة قد وجب على العبد أو على المعتق والقيمة من الدراهم والدنانير فالزيادة على القدر المستحق تكون فضل مال لا يقابله عوض في عقد المعاوضة فيكون ربا كمن كان له على آخر ألف درهم فصالحه على ألف وخمسمائة ان الصلح يكون باطلا كذا هذا وهذا على أصلهما مطرد لان عندهما أن من أتلف على آخر مالا مثل له أو غصب منه مالا مثل له فهلك في يده فالثابت في ذمته القيمة حتى لو صالح على أكثر من قيمته لا يجوز عندهما فكذا ضمان العتق لانه ضمان اتلاف عندهما وأما عند أبي حنيفة فالصلح عن المتلف أو المغصوب على

أضعاف قيمته جائز وههنا نقول لا يجوز فيحتاج الى الفرق بين المسئلتين والفرق له من وجوه أحدها ان الواجب بالاتلاف والغصب فيما لا مثل له من جنسه فى ذمة المتلف والغاصب هو المتلف لا قيمته فاذا صالح على أكثر من قيمة المتلف والمغصوب كان ذلك عوضا عن المتلف فجاز وضمان العتق ليس بضمان اتلاف ولا ضمان غصب عنده لثبوت المتلف والمغصوب فى الذمة فكان الثابت فى الذمة هو القيمة وهى دراهم ودنانير فلا يجوز الصلح على أكثر منها والثانى ان الغاصب انما يملك المغصوب عند اختيار الضمان لا قبله بدليل ان له أن لا يضمنه ليهلك على ملكه فيثاب على ذلك ويخاصم الغاصب يوم القيامة فكان المغصوب قبل اختيار الضمان على ملك المغصوب منه فكان هذا اصلاحا عن العبد على هذا القدر من المال ابن فكأنه ملكه منه به وأنه محتمل للملك فصح ومعتق البعض لا يحتمل التمليك مقصودا فكان الصلح عن قيمته فلا يجوز لما بينا والثالث ان الضمان فى باب الغصب يجب وقت الغصب لانه هو السبب الموجب للضمان فيثبت الملك الى الغاصب فى المغصوب فى ذلك الوقت وانه فى ذلك الوقت قابل للتمليك فيصح الصلح على القليل والكثير والضمان فى باب العتق يجب وقت الاعتاق والعبد فى ذلك الوقت لا يحتمل التمليك مقصودا فالصلح لا يقع عن العبد وانما يقع عن قيمته فلا تجوز الزيادة من قيمته وان كان الصلح على عرض جاز بالقليل والكثير لان ذلك بيع العرض بالدراهم والدنانير وذلك جائز كيفما كان وان صالحه على شئ من الحيوان كالعبد والفرس ونحوهما فان صالح العبد جاز وعليه الوسط وان صالح المعتق لم يجز لان فى الفصل الاول جعل الحيوان بدلا عن العتق وأنه ليس بمال والحيوان يثبت دينا فى الذمة بدلا عما ليس بمال كالاعتاق على مال والكتابة والنكاح والصلح عن دم العمد ولان الصلح مع العبد فى معنى مكاتبته وان كاتبه على عبد مطلق أو فرس يصح ويجب الوسط كذا هذا وأما فى الفصل الثانى فانما جعل الحيوان بدلا عن القيمة وانها مال والحيوان لا يثبت دينا فى الذمة بدلا عن المال كالبيع ونحوه ولو كان شريك المعتق فى العبد صبيا أو مجنونا له أب أو جد أو وصى فوليه أو وصيه بالخيار ان شاء ضمن المعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء كاتبه وليس له أن يعتق أو يدبر لان التدبير اعتاق والصبى والمجنون لا يملكان الاعتاق فلا يملكه من يلى عليهما وانما ملك الاب والوصى الاستسعاء والتضمين لان الاستسعاء مكاتبة والاب والوصى يملكان مكاتبة عبد الصبى والمجنون والتضمين فيه نقل الملك الى المعتق فيشبه البيع وهما يملكان بيع مال الصبى والمجنون وكذلك لو كان الشريك مكاتبا أو مأذونا عليه دين أنه يتخير بين الضمان والسعاية والمكاتبة الا أنهما لا يملكان الاعتاق لانعدام ملك الرقبة أما ثبوت الخيار للمكاتب فلا شك فيه لانه أخص بالتصرف فيما فى يده من المولى وأما المأذون الذى عليه دين فكذلك لان المولى لا يملك ما فى يده على أصل أبى حنيفة فيكون الخيار للعبد وعلى أصلهما ان كان يملك لكن العبد أخص بالتصرف فيما فى يده من المولى فان لم يكن عليه دين فالخيار للمولى كما فى الجرية لانه اذا لم يكن عليه دين فهو وما فى يده ملك المولى فكان الخيار للمولى فان اختار الشريك السعاية ففى الصبى والمجنون الولاء لهما لانهما من أهل الولاء لكونهما حرين وفى المكاتب والمأذون الولاء للمولى لكونهما رقيقين والولاء لا يثبت الا للحر وان لم يكن للصغير والمجنون ولى ولا وصى فان كان هناك حاكم نصب الحاكم من يختار لهما أصلح الامور من التضمين والاستسعاء والمكاتبة وان لم يكن هناك حاكم وقف الامر حتى يبلغ الصبى ويفيق المجنون فيستوفيان حقوقهما من الخيارات الخمس ثم اذا اختلف حكم اليسار والاعسار فى الضمان لا بد من معرفتهما. فاليسار هو أن يملك المعتق قدر قيمة ما بقى من العبد قلت أو كثرت والاعسار هو أن لا يملك هذا القدر لا ما يتعلق به حرمة الصدقة وحلها حتى لو ملك هذا القدر كان للشريك ولاية تضمينه والا فلا الى هذا وقعت الاشارة فيما روينا من حديث أبى هريرة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان له شقص فى مملوك فأعتقه فعليه خلاصه من ماله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد فى رقبته غير مشقوق عليه اعتبر مطلق المال لا النصاب وأشار صلى الله عليه وسلم الى أن الواجب تخليص العبد وبهذا القدر يحصل التخليص وبدونه لا يحصل

ثم يسار المعتق واعساره يعتبر وقت الاعتاق حتى لو كان معسرا وقت الاعتاق لا يضمن وان أيسر بعد ذلك لان ذلك وقت وجوب الضمان فيعتبر ذلك الوقت كضمان الاتلاف والغصب ولو اختلفا فى اليسار والاعسار فان كان اختلافهما حال الاعتاق فالقول قول المعتق لان الاصل هو الفقر والغنا عارض فكان الظاهر شاهدا للمعتق والبينة بينة الآخر لانها تثبت زيادة وان كان الاعتاق متقدما واختلفا فقال المعتق أعتقت عام الاول وأنا معسر ثم أيسرت فيعتبر ذلك الوقت وقال الآخر بل أعتقته عام الاول وأنت موسر فالقول قول المعتق وعلى الشريك اقامة البينة لان حالة اعتبار اليسار والاعسار شاهد للمعتق فيحكم الحال كما اذا اختلف صاحب الرحى والطحان فى انقطاع الماء وجريانه أنه يحكم الحال كذا ههنا وقد قال أبو يوسف فى عبدين بين رجلين قال أحدهما أحدكما حر وهو فقير ثم استغنى ثم اختار أن يوقع العتق على أحدهما ضمن نصف قيمته يوم العتق وكذلك لو كان مات قبل أن يختار وقد استغنى قبل موته ضمن ربع قيمة كل واحد منهما انما أنظر الى حاله يوم أوقع بمنزلة من كاتب نصيبه من العبد ثم أدى العبد فيعتق ثم انما أنظر الى حال مولاه يوم عتق المكاتب ولا أنظر الى حاله يوم كاتب وهذا على أصله صحيح لان اضافة العتق الى المجهول تعليق لعتق عبده بشرط الاختيار كانه علقه به نصا فيعتبر حاله يوم الاختيار لانه يوم العتق كما لو قال لعبد مشترك بينه وبين غيره ان دخلت الدار فأنت حر فدخل انه يضمن نصف قيمته يوم دخل الدار لا يوم اليمين لان يوم الدخول هو يوم العتق وأما على أصل محمد فاضافة العتق الى المجهول تنجيز وانما الاختيار تعيين لمن وقع عليه العتق فيعتبر صفة العتق فى يساره واعساره يوم التكلم بالعتق وكذا يعتبر قيمة العبد فى الضمان والسعاية يوم الاعتاق حتى لو علمت قيمته يوم أعتق ثم ازدادت أو انتقصت أو كاتب أمة فولدت لم يلتفت الى ذلك ويضمنه قيمته يوم أعتقه لانه يوم وجوب الضمان فيعتبر قيمته يومئذ كما فى الغصب والاتلاف وان لم يعلما ذلك واختلفا فجملة الكلام فيه ان العبد لا يخلو اما أن يكون قائما وقت الخصومة واما أن يكون هالكا اتفقا على حال المعتق أو اختلفا فيها والاصل فى هذه الجملة ان الحال ان كانت تشهد لاحدهما فالقول قوله لان الحال شاهد صادق أصله مسئلة الطاحونة وان كانت لا تشهد لاحدهما فالقول قول المعتق لانه منكر فان كان العبد قائما وقت الخصومة واتفقا على العتق فى الحال واختلفا فى قيمته بأن قال المعتق قد أعتقته اليوم وقيمته كذا وقال شريكه نعم أعتقته اليوم الا أن قيمته أكثر من ذلك يرجع الى قيمته للحال ولا يعتبر التحالف والبينة لان الحال أصدق وكذا لو اختلفا فى حال العتق فقال المعتق أعتقته قبل هذا وكانت قيمته كذا وقال الآخر أعتقته اليوم وقيمته أكثر وقال المعتق أعتقته اليوم وقيمته كذا وقال الآخر بل أعتقته قبل ذلك وقيمته كانت أكثر رجع الى قيمته فى الحال لان الحال اذا شهدت لاحدهما فالظاهر ان قيمته كانت كذلك وقت الاعتاق اذ الاصل دوام الحال والتغير خلاف الاصل فكان الظاهر شاهدا له فأشبه اختلاف صاحب الطاحونة مع الطحان فى انقطاع الماء وجريانه أنه يحكم الحال فيه كذا هذا وان اتفقا على أن العتق كان متقدما على زمان الخصومة لكن قال المعتق قيمته كانت كذا وقال الشريك بل كانت أكثر فههنا لا يمكن تحكيم الحال بالرجوع الى قيمة العبد فى الحال لانها تزيد وتنقص فى المدة ويكون القول قول المعتق لان الشريك يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كالمتلف والغاصب وقالوا فى الشفعة اذا احترق البناء واختلف الشفيع والمشترى فى قيمته وقيمة الارض ان المرجع الى قيمة الارض فى الحال والقول قول المشترى فى البناء لان الشفيع يريد أن يتملك عليه الارض بالشفعة فلا يجوز أن يتملكها الا بقوله فأما المعتق فلا يريد أن يتملك على شريكه وانما شريكه يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر وكذلك اذا كان العبد هالكا فالقول قول المعتق لما قلنا انه منكر للزيادة والله عز وجل أعلم فان هلك العبد قبل أن يختار الشريك الذى لم يعتق شيأ هل له أن يضمن المعتق اذا كان موسرا اختلفت الرواية فيه عن أبى حنيفة روى محمد عنه وهو رواية الحسن واحدى روايتى أبى يوسف ان له أن يضمن المعتق وروى أبو يوسف رواية أخرى عنه أنه لا ضمان على المعتق وجه هذه الرواية ان تضمين المعتق ثبت نصاً

بخلاف

بخلاف القياس لما بينا فيما تقدم ان الشريك بالاعتاق تصرف في نصيب نفسه على وجه الاقتصار عليه لبقاء نصيب الشريك على ملكه و يده بعد الاعتاق الا أن ولاية التضمين ثبتت شرعا بشريطة نقل ملك المضمون الى الضمان فاذا هلك لم يبق الملك فلا يتصور نقله فتبقى ولاية التضمين على أصل القياس وجه رواية محمد ان ولاية التضمين قد ثبتت بالاعتاق فلا تبطل بموت العبد كما اذا مات العبد المغصوب في يد الغاصب وأما قوله ملك الشريك بهلاك العبد خرج عن احتمال النقل فنقول الضمان يستند الى وقت الاعتاق فيستند ملك المضمون الى ذلك الوقت كما في باب الغصب وهو في ذلك الوقت كان محتملا للنقل فأمكن ايجاب الضمان واذا ضمن المعتق يرجع المعتق بما ضمنه في تركة العبد ان كان له تركة وان لم يكن فهو دين عليه لما ذكرنا من أصل أبي حنيفة ان نصيب الشريك يبقى على ملكه وله أن يضمن المعتق ان كان موسرا واذا ضمنه ملك المعتق نصيبه بالسبب السابق وهو الاعتاق وكان له أن يرجع بذلك في تركة العبد كما كان له أن يأخذ منه لو كان حيا وان كان معسرا فله أن يرجع في تركة العبد وان لم يترك شيأ فلا شيء للشريك لان حقه عليه وهو قد مات مفلسا هذا اذا مات العبد وأما اذا مات أحد الشريكين فان مات المعتق فلا يخلو اما أن يكون الاعتاق منه في حال صحته واما أن يكون في حال مرضه فان كان في حال صحته يؤخذ نصف قيمة العبد من تركته بلا خلاف وان كان في حال مرضه لم يضمن شيأ حتى لا يؤخذ من تركته وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يستوفي الشريك من ماله قيمة نصيبه وهذا مبني على الاصل الذي ذكرنا ان الاعتاق لا يتجزأ عندهما وعنده يتجزأ ووجه البناء على هذا الاصل ان الاعتاق لما لم يكن متجزئا عندهما كان ضمان العتق ضمان اتلاف وضمان الاتلاف لا يختلف بالصحة والمرض ولما كان متجزئا عنده كان المعتق متصرفا في ملك نفسه على طريق الاقتصار ومثل هذا لا يوجب الضمان في أصول الشرع ولهذا لو كان معسرا لا يجب الضمان ولو كان اعتاقه اتلافا أو افسادا لنصيب شريكه معنى لوجب الضمان لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار الا أنا عرفنا وجوب الضمان بالنص وانه ورد في حال اليسار المطلق وذلك في حالة الصحة لانها حال خلوص أمواله وفي مرض الموت يتعلق بها حق الورثة حتى لا يصح اقراره للورثة أصلا ولا يصح تبرعه على الاجنبي الا من الثلث ولا تصح كفالته ولا اعتاقه الا من الثلث فلم يكن حال المرض حال يسار مطلق ولا ملك مطلق فبقي الامر فيها على أصل القياس ولان ضمان العتق ضمان صلة وتبرع لوجوبه من غير صنع من جهة المعتق في نصيب الشريك ألا ترى أنه لا يجب على المعسر والصلات اذا لم تكن مقبوضة تسقط بالموت كنفقة الاقارب والزكاة وغير ذلك والى هذا أشار محمد لابي حنيفة أنه لو وجب الضمان على المريض و يؤخذ من تركته يكون هذا من مال الوارث والمعنى فيه ان الشرع جعل الثلث للمريض في حال مرض موته والثلثين للورثة قال النبي صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم وهكذا نقول في حالة الصحة أنه يجب صلة ثم قد ينقلب معاوضة في حالة البقاء فانه يثبت به الملك في المضمون في حق الاعتاق والاستسعاء كالهبة بشرط العوض أنه ينعقد صلة ثم ينقلب معاوضة وكذا الكفالة تنعقد تبرعا حتى لا تصح الا ممن هو أهل التبرع ثم تنقلب معاوضة وانما انقلبت معاوضة لانه يوجب الملك في رقبة الغير مجازاة لصلته أو تحملا عن العبد لان الضمان عليه في الحقيقة لحصول النفع له ثم له حق الرجوع في مالية العبد بالسعاية كما في الكفالة ان الكفيل يكون متبرعا في التحمل عن المكفول عنه ثم اذا صح تحمله وملك ما في ذمته بالاداء الى المكفول له انقلبت معاوضة ألا ترى أن من قال في حال الصحة ما كان لك على فلان فهو على ثم كان له على فلان في مرضه فأخذ ذلك من المريض فانه يعتبر من جميع المال لا من الثلث و يؤخذ من تركته ولو وجد ابتداء الكفالة في المرض يكون المؤدى معتبرا من الثلث فدل على التفرقة بين الفصلين وان مات الشريك الذي لم يعتق ثبت الخيار لورثته فان اجتمعوا على شيء من الاعتاق أو التضمين أو الاستسعاء وغير ذلك فلهم ذلك بلا خلاف لانهم يخلفون الميت و يقومون مقامه وكان للمورث ذلك قبل موته فكذا لهم وان انفردوا فأراد بعضهم الاعتاق

و بعضهم التضمين ذكر فى الاصل أن لهم ذلك وقال الحسن بن زياد انه ليس لهم ذلك الا أن يعتقوا أو يستسعوا أو يضمنوا والظاهر أنه رواية عن أبى حنيفة لان الاعتاق عند الحسن لا يتجزأ كما لا يتجزأ عند أبى يوسف ومحمد فلا يصح هذا التفريع على مذهبه وجه ماذكر فى الاصل ان نصيب الشريك قد بقى على ملكه عند أبى حنيفة لتجزئ الاعتاق عنده وقد انتقل نصيبه الى الورثة بموته فصاروا كالشركاء فى الاصل فى العبد أعتق أحدهم نصيبه ان للباقين أن يختار كل واحد منهم ما يشاء كذا هذا وجه رواية الحسن ان الورثة انتقل اليهم ما كان للميت وما كان له أن يختار الضمان فى البعض والسعاية فى البعض فكذا لهم ولان المستسعى بمنزلة المكاتب عند أبى حنيفة ومن كاتب عبده ثم مات ليس لورثته أن ينفردوا بأن يختار بعضهم الاعتاق و بعضهم التضمين و بعضهم الاستسعاء بل ليس لهم الا أن يجتمعوا على شىء واحد اما العتق واما الضمان كذا هذا ثم على رواية الحسن لو أعتق بعضهم كان اعتاقه باطلا مالم يجتمعوا على الاعتاق لان المستسعى كالمكاتب على أصل أبى حنيفة ولو مات المولى فأعتق بعض الورثة المكاتب كان اعتاقه باطلا مالم يجتمعوا عليه كذا هذا فاذا اجتمعوا على عتقه يعتق بلا خلاف والولاء يكون للميت حتى ينتقل الى الذكور من ورثته دون الاناث وهو فائدة كونه للميت لان من أصل أبى حنيفة ان المعتق بعضه فى معنى المكاتب والمكاتب لا ينتقل فيه بالارث فكان ولاؤه للميت كذا هذا واذا كان المعتق موسرا يوم أعتقه فاختار الشريك تضمينه ثم أراد أن يرجع عن ذلك و يختار السعاية ذكر فى الاصل أنه ليس له ذلك و لم يفصل بين ما اذا رضى المعتق بالضمان أو حكم به الحاكم أو لم يرض به المعتق ولا حكم به الحاكم وروى ابن سماعة عن محمد ان له ذلك مالم يقبل المعتق منه التضمين أو يحكم به الحاكم فان قبل أو حكم به الحاكم فليس له ذلك من المشايخ من لم يجعل فى المسئلة اختلاف الرواية وجعل ماذكره ابن سماعة عن محمد من التفصيل تفسيرا لما ذكره فى ظاهر الرواية واليه ذهب الجصاص وقال أراد بما ذكر فى الكتاب اذا قضى به القاضى أو رضى به الشريك وحكى عن الكرخى والجصاص أنهما جعلا مسئلة الغاصب وغاصب الغاصب على هذا أنه اذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما ثم بداله واختار تضمين الآخر فله ذلك الا أن يرضى به المضمن أو يقضى به القاضى ومنهم من جعل فى المسئلة روايتين وجه ماذكر فى الاصل ان له خيار التضمين وخيار السعاية والمخير بين شيئين اذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر فكان اختياره التضمين ابراء للعبد عن السعاية ولهذا لو اختار السعاية لم يكن له أن يختار الضمان وكانت نفس اختيار السعاية ابراء له عن الضمان من غير قضاء ولا رضا كذا اذا اختار الضمان وجه رواية ابن سماعة ان اختيار الشريكين تضمين المعتق ايجاب الملك له فى المضمون بعوض وهو الضمان وذلك لا يتم الا بالرضا أو بالقضاء فما لم يوجد أحدهما لا يتم له الاختيار وكان له الرجوع عنه الى السعاية بخلاف ما اذا اختار الشريك السعاية أنه لا يكون له خيار التضمين بعد ذلك رضى بذلك العبد أو لم يرض لان اختيار السعاية على العبد ليس فيها ايجاب الملك للعبد بعوض حتى يقف ذلك على رضاه فلا يقف عليه فان أعتق أحدهما نصيب صاحبه لم يعتق منه شىء أما على أصل أبى حنيفة فظاهر لان العتق يتجزأ فيقتصر العتق على نصيب المعتق فاذا صادف ملك غيره لم ينفذ وأما على أصلهما فالعتق وان كان لا يتجزأ لكن لا بد من ثبوت العتق فى نصيبه ثم يسرى الى نصيب شريكه فاذا أضاف الاعتاق الى نصيب شريكه لم يثبت العتق فى نصيب نفسه فلا يتعدى الى نصيب الشريك وان كان المعتق جارية حاملا لا يضمن المعتق من قيمة الولد شيأ لان الحمل بمنزلة طرف من أطرافها والاطراف بمنزلة الاوصاف والاوصاف لا تفرد بالضمان الا بعد وجود سبب وجوب الضمان فيها مقصودا ولان الحمل فى الآدمية نقصان فكيف يلزمه بنقصان المتلف زيادة ضمان وكذلك كل حمل يعتق أمه اذا كان المعتق مالكهما كما فى الرهن وان لم يكن مالكا للولد كما فى الجارية الموصى برقبتها لرجل و بحملها لآخر فأعتق صاحب الرقبة الام يعتق الحمل و يضمن قيمته لصاحبه لان الولد انفرد عن الام فى الملك فجاز أن ينفرد بالضمان وان كان العبد بين جماعة فاعتق أحدهما نصيبه فاختار بعض الشركاء الضمان و بعضهم السعاية

و بعضهم

و بعضهم العتق فذلك لهم ولكل واحد منهم ما اختار فى قول أبى حنيفة لان اعتاق نصيبه أوجب لكل واحد منهم الخيارات ونصيب كل واحد لا يتعلق بنصيب الآخر فكان لكل واحد منهم ما اختار وعلى هذا الاصل قال أبو حنيفة فى عبد بين ثلاثة أعتق أحدهم نصيبه ثم أعتق الآخر بعده فللثالث ان يضمن المعتق الاول ان كان موسرا وان شاء أعتق أو دبر أو كاتب أو استسعى لان نصيبه بقى على ملكه فثبت له الخيارات للتخريج الى الاعتاق وليس له أن يضمن المعتق الثانى وان كان موسرا لان تضمين الاول ثبت على مخالفة القياس لما ذكرنا انه لا صنع للمعتق فى نصيب الشريك باتلاف نصيبه وانما عرفناه بالنص نظرا للشريك وانه يحصل بتضمين الاول ولان ضمان العتق ضمان معاوضة فى الاصل فاذا أعتق الاول فقد ثبت للشريك حق نقل الملك المضمون اليه باختيار الضمان وتعلق بذلك النقل حق الولاء والولاء لا يلحقه الفسخ فلا يملك نقل حق التضمين الى غيره فان اختار تضمين الاول فالاولى ان يعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى لانه قام مقام المضمن وليس له ان يضمن المعتق الثانى لان الاول لم يكن له ان يضمنه فكذا من قام مقامه وأما على أصلهما فلما أعتق الاول أعتق جميع العبد فلم يصح اعتاق الثانى وليس للثانى والثالث الا التضمين ان كان المعتق موسرا او السعاية ان كان معسرا وعلى هذا من كان له عبد فاعتق نصفه فعلى قول أبى حنيفة يعتق نصفه ويبقى الباقى رقيقا يجب تخريجه الى العتاق فان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى واذا أدى السعاية أو بدل الكتابة يعتق كله وليس له أن يتركه على حاله وعلى قولهما يعتق كله سواء كان المعتق موسرا أو معسرا من غير سعاية وكذا اذا أعتق جزأ من عبده أو شقصا منه يمضى منه ما شاء ويبقى الباقى رقيقا يخرج الى العتاق بالخيارات التى وصفنا فى قول أبى حنيفة لان الاعتاق عنده متجزئ الا ان ههنا أضاف العتق الى مجهول فيرجع فى البيان اليه كما لو قال أحد عبيدى حر وقيل ينبغى فى قياس قول أبى حنيفة فى السهم ان يعتق منه سدسه لان السهم عبارة عن السدس فى عرف الشرع لما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه ان رجلا أوصى فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم بسهم من ماله لرجل فأعطاه النبى صلى الله عليه وسلم سدس ماله وعن جماعة من أهل اللسان ان السهم عبارة عن السدس فى اللغة وعندهما يعتق كله لان العتق لا يتجزأ عبد بين رجلين دبره أحدهما صار نصيبه مدبرا ثم ان كان المدبر موسرا فللشريك ست خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء ضمن وان شاء استسعى وان شاء تركه على حاله وان كان معسرا فللشريك خمس خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى وان شاء تركه على حاله وليس له أن يضمن وهذا قول أبى حنيفة لان التدبير عنده متجزئ كالاعتاق فيثبت له الخيارات أما خيار العتق والتدبير والمكاتبة والسعاية فلان نصيبه بقى على ملكه فى حق التخريج الى العتاق وأما خيار التضمين فلانه بالتدبير أخرجه من ان يكون محلا للتمليك مطلقا بالبيع والهبة والرهن ونحو ذلك فقد أتلفه فى حق هذه التصرفات فكان للشريك ولاية التضمين وأما خيار الترك على حاله فلان الحرية لم تثبت فى جزء منه فجاز بقاؤه على الرق وانه مفيد لان له أن ينتفع به منفعة الاستخدام فلا يكلف تخريجه الى الحرية ما لم يمت المدبر فان اختار تضمين المدبر فللمدبر أن يرجع بما ضمن على العبد لان الشريك كان له أن يستسعيه فلما ضمن شريكه قام مقامه فيما كان له فاذا أدى عتق والولاء كله للمدبر لان كله عتق على ملكه لانتقال نصيب شريكه اليه وان اختار الاستسعاء أو الاعتاق كان الولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه وأما اذا كان معسرا فلا حق له فى الضمان لان ضمان التدبير لا يجب مع الاعسار كما لا يجب ضمان الاعتاق فبقى أربع خيارات وأما على قول أبى يوسف ومحمد صار كله مدبرا لان التدبير على أصلهما لا يتجزأ كالاعتاق المعجل وليس للشريك الا التضمين موسرا كان المدبر أو معسرا على الرواية المشهورة عنهما لان ضمان النقل والتمليك لا يختلف باليسار والاعسار كالبيع ولو كان العبد بين ثلاثة رهط دبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الثانى وهو موسر فللشريك الثالث أن يضمن المدبر ثلث قيمته ويرجع به المدبر على العبد وليس له أن يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث

قيمتـه مدبرا وليس له أن يضمنـه ماانتقـل اليـه من نصيب الثـالث وهـذا قول أبى حنيفـة وقال أبو يوسف ومحمـد العبد كله مـدبر للذى دبره ويضمن ثلثى قيمته لشريكه موسرا كان أو معسرا لان التـدبير لما كان متجزئا عنـد أبى حنيفة فلما دبره أحـدهم فقـد ثبت لكل واحـد من الشريكين ست خيـارات فلما أعتقـه الثانى فقد استوفى ما كان له فلم تبـق له ولاية تضمين المـدبر وللساكت أن يضمنـه لانه أتلف عليـه نصيبه فكان له ولاية التضمين وليس له أن يضمن المعتـق لان ضمان المعتـق ضمان معاوضـة فى الاصـل وهو ضمان التملك وهو ان يكون بمقابـلة الضمان ملك المضمون كضمان الغاصب ولو ضمن المعتـق لا يملك المعتق المضمون لان التـدبير انعـقد سببا لوجوب الضمان على المدبر وانه يوجب ملك المضمون فصـار ذلك النصيب بحـال لا يحتمل النقل الى غير المدبر فتعذر تضمين المعتـق ولان المدبر بالتـدبير قـد ثبت له حق الولاء والولاء لا يلحقه الفسخ فـلا يجوز ان ينقـله الى الغـير وللمـدبر ان يضمـن المعتـق لانه بالاعتـاق أتلف نصيبه باخراجـه من ان يكون منتفـعا به منفـعة الاستخدام فيضمن له قيمة نصيبه لـكن مـدبرا لان المتلف مدبر و يرجع به المدبر على العبـد لان نصيب السا كت انتقل اليه فقام هو مقامه وكان له أن يستسعى العبد فـكذا للمدبر ولان الحرية لم تثبت فى جزء منه فجاز بقاؤه على الرق ولم يمكن ان يجعل هذا ضمان معاوضة لان نصيبه مدبر والمدبر لا يحتمل النقل الى ملك الغير فجعل ضمان جناية بطريق الضرورة وان شاء المدبر أعتـق نصيبه الذى دبره لان باعتاق شريكه لم يزل ملكه وان شاء استسعى العبد كما فى عتق أحـد الشريكين فان اختار الضمان كان للمعتق أن يستسعى العبد لان المدبر أقامه مقام نفسه فـكان له أن يستسعيه فـكذا له وليس له أن يضمن المعتق قيمة الثلث الذى انتقل اليه من الثالث لان المدبر انما ملك ذلك الثلث عند القضاء بالضمان مستندا الى وقت التدبير والمستند قبل ثبوته فى المحـل يكون ثابتا من وجه دون وجـه فلا يظهر ملكه فى حق المعتق فلا يضمن المعتق له ذلك وأما عندهمـا فالتدبير لما لم يكن متجزئا صار الـكل مدبرا و يضمن ثلثى قيمته للشريكين لاتلاف نصيبهما عليهما سواء كان موسرا أو معسرا لا تجب السعاية هنا بخلاف الاعتاق لان بالاعتاق يزول ملكه فيسعى وهو حر وههنا بالتدبير لا يزول ملكه بل يصير العبد كله مدبرا له وكسب المدبر للمولى فتعذر الاستسعاء وعلى هذا اذا شهد أحد الشريكين على الآخر بالاعتاق بان كان العبد بين رجلين وشهد أحدهمـا على صاحبه انه أعتقه وأنـكر صاحبه لا تقبل شهادته على صاحبه و يجوز اقراره على نفسه ولم يجز على صاحبه ولا يعتق نصيب الشاهد ولا يضمن لصاحبه و يسعى العبد فى قيمته بينهما موسرين كانا أو معسرين فى قول أبى حنيفة وعندهمـا ان كان المشهود عليه موسرا فلا سعاية للشاهد على العبد وان كان معسرا فله السعاية عليه أما عدم قبول شهادته فـلان شهادة الفرد فى هذا الباب غير مقبولة ولو كانا اثنين لـكان لا تقبل شهادتهما أيضا لانهما بشهادتهما يجران المغنم الى أنفسهما لانهـما يثبتان به حق التضمين لانفسهما ولا شهادة لجار المغنم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم الا انه بشـهادته على صاحبه صار مقرا بفساد نصيبه باقراره على صاحبه باعتاق نصيبه فشهادته على صاحبه واقراره عليه ان لم يجز فاقراره بفساد نصيب نفسه جائز لان الانسان يصدق باقراره على نفسه خصوصا فيما يتضرر به ولا يعتق نصيب الشريك الشاهد لانه لم يوجد منه الاقرار بعتق نصيبه بل بفساد نصيبه وانما اقر بالعتق فى نصيب شريكه الا ان اقراره بالعتق فى نصيب شريكه فى حق شريكه لم ينفذ فينفذ اقراره بالعتق فى نصيب شريكه فى حقه ولا يضمن الشاهد لشريكه لانه لم يعتق نصيب نفسه وأما السعاية فلان فساد نصيبه يوجب التخريج الى العتق بالسعاية و يسعى العبد لهما فى قيمتـه بينهما فيسعى للشاهد فى نصف قيمته و يسعى للمنكر فى نصف قيمته سواء كان المنكر موسرا أو معسرا فى قول أبى حنيفـة لان السعاية تثبت مع اليسار والاعسار على أصـله أما حق الاستسعاء للشاهـد وان كان المشهود عليه موسرا فـلان فى زعمـه ان شريكـه قد أعتق وان له حق التضمين أو الاستسعاء الا انه تعـذر التضمين لان اقراره لم يجز عليـه فى حقه فبـقى له حق الاستسعاء وأما المنـكر فلان فى زعمـه ان نصـيبه على ملكه وقد تعـذر

عليه التصرف فيه باقرار شريكه فكان له ان يستسعي وأما عندهما فان كان المنكر موسرا فلا سعاية للشاهد على العبد لانه يزعم انه عتق باعتاق شريكه وانه لا يستحق الا الضمان لان السعاية لا تثبت مع اليسار على أصلهما وان كان معسرا فللشاهد أن يستسعي وأما المنكر فيستسعي على كل حال بالاجماع معسرا كان أو موسرا لان نصيبه على ملكه ولم يوجد منه الاقرار بسقوط حقه عن السعاية فان أعتق كل واحد منهما بعد ذلك نصيبه قبل الاستسعاء جاز في قول أبي حنيفة لان نصيب المنكر على ملكه وكذلك نصيب الشاهد عنده لان الاعتاق يتجزأ فاذا أعتقا نفذ عتقهما والولاء بينهما لان العتق منهما وكذلك ان استسعيا وأدى السعاية فالولاء لهما وأما على قولهما فالولاء في نصيب الشاهد موقوف لان في زعم الشاهد ان جميع الولاء لشريكه لان الاعتاق لا يتجزأ على أصلهما وشريكه يجحد ذلك فيسلم له النصف ويوقف له النصف وان شهد كل واحد منهما على صاحبه وأنكر الآخر يحلف أولا كل واحد منهما على دعوى صاحبه لان كل واحد منهما بدعوى العتق على صاحبه يدعي وجوب الضمان على صاحبه أو السعاية على العبد وصاحبه ينكر فيحلف كل واحد منهما لصاحبه وهذا لان فائدة الاستحلاف النكول ليقضى به والنكول اما بذل أو اقرار والضمان مما يصح بذله والاقرار به واذا تحالفا سعى العبد لكل واحد منهما في نصف قيمته في قول أبي حنيفة لان في زعم كل واحد منهما أن شريكه قد أعتق وان له الضمان أو السعاية وتعذر التضمين حيث لم يصدقه الآخر فبقي الاستسعاء ولا فرق عند أبي حنيفة بين حال اليسار والاعسار وأما على قولهما فان كانا موسرين فلا سعاية لواحد منهما لان كل واحد منهما يدعي الضمان على شريكه ويزعم أن لا سعاية له مع اليسار فلم يثبت له ما أبرأ العبد عنه وان كانا معسرين يسعى العبد لكل واحد منهما لان كل واحد منهما يزعم أن شريكه أعتق وهو معسر فلا حق له الا السعاية وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى العبد للموسر ولم يسع للمعسر لان الموسر يزعم أن لا ضمان على شريكه وانما له السعاية على العبد والمعسر انما يزعم أن الضمان على الشريك وانه قد أبرأ العبد ثم هو عبد في قول أبي حنيفة ويسعى وهو رقيق الى أن يؤدي ما عليه لان المستسعى في حكم المكاتب على أصله وعندهما هو حر عليه دين حين شهد الموليان فيسعى وهو حر لان في زعم كل واحد منهما أنه حر من جهة صاحبه ومن أقر بحرية عبد في ملكه عتق عليه عبد بين رجلين قال أحدهما ان كنت دخلت هذه الدار أمس فانت حر وقال الآخر ان لم تكن دخلتها أمس فانت حر ولا يدرى أكان دخل أو لم يدخل عتق نصف العبد بينهما ويسعى في نصف قيمته بين الموليين موسرين أو معسرين في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ان كانا معسرين سعى في نصف قيمته بينهما وان كانا موسرين فلا يسعى لاحد وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للمعسر في ربع قيمته ولا يسعى للموسر وقال محمد ان كانا موسرين لا يسعى وان كانا معسرين يسعى لهما في جميع قيمته وجه قول محمد ان كل واحد منهما يدعي على صاحبه انه أعتقه فصار كشهادة كل واحد منهما على صاحبه ولان من عتق عليه نصف العبد مجانا بغير سعاية مجهول لان الحانث منهما مجهول فكان من يقضى عليه بسقوط نصف السعاية مجهولا فلا يمكن القضاء به ولابي حنيفة وأبي يوسف ان نصف العبد قد عتق بيقين لان أحد الشريكين حانث بيقين اذ العبد لا يخلو من أن يكون دخل الدار أو لم يدخل اذ لا واسطة بين الدخول والعدم وليس أحدهما بتعيينه للحنث أولى من الآخر والمقضى له بالعتق يتعين فيقسم نصف العتق بينهما فاذا أعتق نصف العبد بيقين تعذر ايجاب كل السعاية عليه فتجب نصف السعاية ثم على أصل أبي حنيفة يسعى في نصف قيمته بينهما سواء كانا موسرين أو معسرين لان ضمان السعاية عنده لا يختلف باليسار والاعسار وعند أبي يوسف يختلف فان كانا معسرين سعى لهما وان كانا موسرين لا يسعى لهما وان كانا أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى للمعسر ولا يسعى للموسر وما ذكره محمد ان هذا كشهادة كل واحد منهما على الآخر غير سديد لان ههنا تيقنا بحرية نصف العبد لما بينا وفي مسئلة الشهادة لم نستيقن بالحرية لاحتمال أن تكون الشهادتان كاذبتين وأما قوله ان الذي يقضى عليه بالعتق بغير سعاية مجهول فنعم لكن هذا

لا يمنع القضاء اذا كان المقضى له معلوما لان المقضى له اذا كان معلوما يمكن رفع الجهالة التى من جانب المقضى له بالقسمة والتوزيع واذا كان مجهولا لا يمكن فان حلف رجلان على عبدين كل واحد منهما لاحدهما فقال أحدهما العبده ان كان زيد قد دخل هذه الدار اليوم فانت حر وقال الآخر لعبده ان لم يكن زيد دخل هذه الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم ولا يدرى أدخل الدار أم لم يدخل لم يعتق واحد من العبدين لان ههنا المقضى له وعليه كل واحد منهما مجهول ولا وجه للقضاء عند تمكن الجهالة فى الطرفين وفى الفصل الاول المقضى له بالعتق متيقن معلوم والقضاء فى مثله جائز كمن أعتق واحدة من جوار به العشر ثم جهلها وعلى هذا قال أبو يوسف فى عبدين بين رجلين قال أحدهما لاحد العبدين أنت حر ان لم يدخل فلان هذه الدار اليوم وقال الآخر للعبد الآخر ان دخل فلان هذه الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وتصادقا على أنهما لا يعلمان دخل أو لم يدخل فان هذين العبدين يعتق من كل واحد منهما ربعه ويسعى فى ثلاثة أرباع قيمته بين المولين نصفين وقال محمد قياس قول أبى حنيفة أن يسعى كل واحد منهما فى جميع قيمته بينهما نصفين وجه قول أبى يوسف ان نصف أحد العبدين غير عين قد عتق بيقين لان فلانا لا يخلو من أن يكون دخل الدار اليوم أو لم يكن دخل فكان نصف أحدهما حرا بيقين وليس أحدهما بذلك أولى من الآخر فيقسم نصف الحرية بينهما فيعتق من كل واحد منهما ربعه ويسعى كل واحد منهما فى ثلاثة أرباع قيمته للتخريج الى العتق كما فى المسئلة المتقدمة الا ان هناك العبد واحد فيعتق منه نصفه ويسعى فى النصف الباقى وههنا عبدان فيعتق نصف أحدهما غير عين ويقسم بين المولين فيعتق على كل واحد منهما الربع ويسعى كل واحد منهما فى الباقى وذلك ثلاثة أرباع قيمته وجه قياس قول أبى حنيفة أن المقضى له وعليه مجهولان ولا سبيل الى القضاء بالحرية مع جهالتهما فيسعى كل واحد منهما فى جميع قيمته بخلاف المسئلة المتقدمة لان ثمة المقضى له غير مجهول ومن هذا النوع ما ذكره ابن سماعة عن أبى يوسف فى عبد بين رجلين زعم أحدهما أن صاحبه أعتقه منذ سنة وانه هو أعتقه اليوم وقال شريكه لم أعتقه وقد أعتقت أنت اليوم فاضمن لى نصف القيمة لعتقك فلا ضمان على الذى زعم أن صاحبه أعتقه منذ سنة لان قوله أنا أعتقته اليوم ليس باعتاق بل هو اقرار بالعتق وانه حصل بعد اقراره على شريكه بالعتق فلم يصح وكذا لو قال أنا أعتقته أمس وأعتقه صاحبى منذ سنة وان لم يقر باعتاق نفسه لكن قامت عليه بينة انه أعتقه أمس فهو ضامن لشريكه لظهور الاعتاق منه بالبينة فدعواه على شريكه العتق المتقدم لا يمنع ظهور الاعتاق منه بالبينة ويمنع ظهوره باقراره والله عز وجل الموفق

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الاعتاق وبيان وقت ثبوت حكمه فللاعتاق أحكام بعضها أصلى وبعضها من التوابع أما الحكم الاصلى للاعتاق فهو ثبوت العتق لان الاعتاق اثبات العتق والعتق فى اللغة عبارة عن القوة يقال عتق الطائر اذا قوى فطار عن وكره وفى عرف الشرع اسم لقوة حكمية للذات يدفع بها يد الاستيلاء والتملك عن نفسه ولهذا كان مقابله وهو الرق عبارة عن الضعف فى اللغة يقال ثوب رقيق أى ضعيف وفى متعارف الشرع يراد به الضعف الحكمى الذى يصير به الآدمى محلا للتملك وعلى عبارة التحرير الحكم الاصلى للتحرير هو ثبوت الحرية لان التحرير هو اثبات الحرية وهى الخلوص يقال طين حر أى خالص وأرض حرة اذا لم يكن عليها خراج وفى عرف الشرع يراد بها الخلوص عن الملك والرق وهذا الحكم يعم جميع أنواع الاعتاق غير أنه ان كان منجزا ثبت هذا الحكم للحال وان كان تعليقا بشرط أو اضافة الى وقت يثبت بعد وجود الشرط والوقت ويكون المحل قبل ذلك على حكم ملك المالك فى جميع الاحكام الا فى التعليق بشرط الموت المطلق وهو التدبير عندنا وكذا الاستيلاد ثم هذا الحكم قد يثبت فى جميع ما أضيف اليه وقد يثبت فى بعض ما أضيف اليه وجملة الكلام فيه أن الاعتاق لا يخلو اما ان كان فى الصحة واما ان كان فى المرض فان كان فى الصحة عتق كله سواء كان له مال آخر أو لم يكن وسواء كان عليه دين أو لم يكن لان حق الورثة أو الغريم لا يتعلق بالمال حالة الصحة فالاعتاق صادف خالص ملكه

لاحق لاحد فيه فنفذ وان كان فى المرض فان كان له مال آخر سوى العبد والعبد كله يخرج من ثلث المال
يعتق كله لان الثلث خالص حقه لاحق للورثة فيه وانما تعلق حقهم فى الثلثين والاصل فيه ماروى عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم أنه قال ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة على أعمالكم وان كان لايخرج
كله من ثلث المال وأجازت الورثة الزيادة فكذلك لان المانع حق الورثة فاذا أجازوا فقد زال المانع فيعتق كله وان
لم يجيزوا الزيادة يعتق منه بقدر ثلث ماله و يسعى فى الباقى للورثة وان لم يكن له مال سوى العبد فان أجازت الورثة عتق
كله لما قلنا وان لم يجيزوا يعتق ثلثه و يسعى فى الثلثين للورثة لما قلنا والدليل عليه أيضا ماروى فى حديث أبى قلابة ان
رجلا اعتق عبدا له عند موته ولا مال له غيره فاجاز النبى صلى الله عليه وسلم ثلثه واستسعاه فى ثلثى قيمته فدل الحديث
على جواز الاعتاق فى مرض الموت حيث أجاز النبى صلى الله عليه وسلم ذلك على ان الاعتاق فى مرض الموت
وصية حيث اعتبره من الثلث وعلى بطلان قول من يقول لاسعاية فى الشريعة حيث استسعى العبد هذا اذا لم يكن عليه
دين فان كان عليه دين فان كان مستغرقا لقيمته ولا مال له سوى العبد أوله مال آخر لكن الدين مستغرق لماله فاعتق
يسعى فى جميع قيمته للغريم ردا للوصية لان الدين مقدم على الوصية الا ان العتق لايحتمل النقض فتجب السعاية
وروى عن أبى الاعرج ان رجلا أعتق عبد الله عند الموت وعليه دين فقال النبى صلى الله عليه وسلم يسعى فى الدين
وهكذا روى عن على وابن مسعود رضى الله عنهما وان كان الدين غير مستغرق لقيمة العبد بان كان الدين ألف درهم
وقيمة العبد ألفان يسعى فى نصف قيمته للغريم ردا للوصية فى قدر الدين ثم نصفه الثانى عتق بطريق الوصية فان
أجازت الورثة عتق جميع نصفه الثانى وان لم تجز يعتق ثلث النصف الثانى مجانا بغير شئ وهو سدس الكل و يسعى
فى ثلثى النصف فالحاصل انه يعتق سدسه مجانا بغير شئ و يسعى فى خمسة أسداسه ثلاثة أسهم للغريم وسهمان
للورثة ولو كان له عبدان فاعتقهما وهو مريض فهو على التفاصيل التى ذكرناها ان كان له مال سواهما وهما يخرجان
من الثلث عتقا جميعا بغير شئ لما ذكرنا وان لم يخرجا من الثلث وأجازت الورثة الزيادة فكذلك لما قلنا وان لم يجيزوا
الزيادة يعتق من كل واحد منهما بقدر ثلث ماله و يسعى فى الباقى للورثة وان لم يكن له مال سواهما فان أجازت الورثة
عتقا جميعا بغير شئ وان لم يجيزوا يعتق من كل واحد منهما ثلثه مجانا و يسعى فى الثلثين للورثة فيجعل كل رقبة على
ثلاثة أسهم لحاجتنا الى الثلث فيصير جملة المال وهو العبدان على ستة أسهم فيخرج منها سهام العتق وسهام السعاية
للعبدين سهمان من ستة وللورثة أربعة أسهم فاستقام الثلث والثلثان فان مات أحدهما قبل السعاية يجعل هو
مستوفيا لوصيته متلفا لما عليه من السعاية والتلف يدخل على الورثة وعلى العبد الباقى فيجمع نصيب الورثة وذلك
أربعة أسهم ونصيب العبد الحى وذلك سهم فيكون خمسة فيعتق من العبد الحى خمسه و يسعى فى أربعة أخماسه
فيحصل للورثة أربعة أسهم وللحى سهم والميت قد استوفى سهما فحصل للورثة أربعة أسهم وللوصية سهمان
فاستقام الثلث والثلثان ولو كان العبيد ثلاثة ولم يكن له مال سواهم يعتق من كل واحد ثلثه و يسعى فى ثلثى قيمته فيصير
كل واحد على ثلاثة أسهم فتصير العبيد على تسعة أسهم ستة أسهم للورثة وثلاثة أسهم للعبيد فان مات أحدهم قبل
السعاية صار متلفا لما عليه من السعاية مستوفيا لوصيته فيجمع نصيب الورثة وذلك ستة أسهم ونصيب العبدين
سهمان فيكون ثمانية أسهم فيجعل كل عبد على أربعة أسهم فيعتق من كل واحد ربعه و يسعى فى ثلاثة أرباعه
فيحصل للورثة ستة أسهم وللعبدين سهمان والميت استوفى سهما فاستقام الثلث والثلثان فان مات اثنان يجمع
نصيب الورثة ستة وللحى سهم فيكون سبعة فيعتق من الحى سبعه و يسعى فى ستة أسباع قيمته فيحصل للورثة ستة
وللحى سهم والميتان استوفيا سهمين فحصلت الوصية ثلاثة أسهم والسعاية ستة فاستقام الثلث والثلثان هذا كله
اذا لم يكن على الميت دين فان كان عليه دين مستغرق يسعى كل واحد فى قيمته للغرماء ردا للوصية لان العتق فى مرض
الموت وصية ولا وصية الا بعد قضاء الدين وان كان الدين غير مستغرق بان كان الفا وقيمة كل واحد منهما ألف يسعى

كل واحد فى نصف قيمته ثم نصف كل واحد منهما وصية فان أجازت الورثة عتق النصف الباقى من كل واحد وان لم تجز الورثة يعتق من كل واحد ثلث نصف الباقى مجانا وهو السدس و يسعى فى ثلثى النصف ففى الحاصل عتق من كل واحد سدسه مجانا و يسعى فى خمسة أسداسه والله عز وجل أعلم ثم المريض اذا أعتق عبده ولا مال له غيره فامر العبد فى الحال فى أحكام الحرية من الشهادة وغيرها موقوف فان برأ تبين انه صار حرا من حين أعتق وان مات فهو بمنزلة المكاتب فى قول أبى حنيفة لان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما هو حر وعليه دين لان الاعتاق لا يتجزأ وأما الذى هو من التوابع فنحو المالكية والولاية والشهادة والارث وغير ذلك لكن هذه ليست من الاحكام الاصلية للاعتاق بل هى من التوابع والثمرات تثبت فى بعض أنواعه دون بعض كالاعتاق المضاف الى الصبى والمجنون ونحو ذلك ومن هذا القبيل الاعتاق المضاف الى المجهول وجملة الكلام فيه ان جهالة المعتق اما ان كانت أصلية واما ان كانت طارئة فان كانت أصلية وهى ان تكون الصيغة من الابتداء مضافة الى أحد المذكورين من غير عين فيجهل المضاف اليه لمزاحمة صاحبه اياه فى الاسم فصاحبه المزاحم لا يخلو اما ان يكون محتملا للاعتاق أو لا يكون محتملا له والمحتمل لا يخلو من ان يكون ممن ينفذ اعتاقه فيه أو ممن لا ينفذ فان كان محتملا للاعتاق وهو ممن ينفذ اعتاقه فيه نحو ان يقول لعبديه أحدكما حر او يقول هذا حر او هذا أو يقول سالم حر أو بزيع لا ينوى أحدهما بعينه فالكلام فى هذا الفصل فى موضعين أحدهما فى بيان كيفية هذا التصرف والثانى فى بيان الاحكام المتعلقة به أما الكيفية فقد ذكرنا الاختلاف فيها فيما تقدم وأما الكلام فى الاحكام المتعلقة به فى الاصل فنوعان نوع يتعلق به فى حال حياة المولى ونوع يتعلق به بعد وفاته أما الاول فنقول ولا قوة الا بالله تعالى ان للمولى ان يستخدمهما قبل الاختيار وهذا يدل على ان العتق غير نازل فى أحدهما لانه لا سبيل الى استخدام الحر من غير رضاه وله ان يستعملهما او يستكسبهما وتكون الغلة والكسب للمولى وهذا أيضا يدل على ما قلنا ولو جنى عليهما قبل الاختيار فالجناية لا تخلو اما ان كانت من المولى واما ان كانت من الاجنبى ولا تخلو اما ان كانت على النفس أو على ما دون النفس فان كانت الجناية من المولى فان كانت على ما دون النفس بان قطع يد العبدين فلا شئ عليه وهذا أيضا يدل على عدم نزول العتق حيث جعلهما فى حكم المملوكين قبل الاختيار وسواء قطعهما معا أو على التعاقب لان القطع لا يبطل الخيار ولا يكون ثابتا بخلاف القتل لما نذكر وان كانت جناية على النفس بان قتلهما فان قتلهما على التعاقب فالاول عبد والثانى حر لانه لما أقدم على قتل الاول فقد تعين الثانى للعتق فاذا قتله فقد قتل حرا فعليه الدية وتكون لورثته لان الدية تصير ميراثا للورثة ولا يكون للمولى من ذلك شئ لانه قاتل والقاتل لا يرث وان قتلهما معا بضربة واحدة فعليه نصف دية كل واحد منهما لورثته لان المضمون على المولى أحدهما وهو الحر منهما وليس أحدهما باولى من الآخر فشاعت حرية واحدة فيهما وهذا يؤيد القول بنزول العتق فى غير العين وان كانت الجناية من الاجنبى فان كانت فيما دون النفس بان قطع انسان يد العبدين فعليه ارش العبيد وذلك نصف قيمة كل واحد منهما لكن يكون ارشهما للمولى سواء قطعهما معا أو على التعاقب لان القطع لا يبطل خيار المولى وهذا يوجب القول بعدم نزول العتق اذ لو نزل لكان الواجب ارش يد عبد وحر وهو نصف قيمة عبد ونصف دية حر وان كانت فى النفس فالقاتل لا يخلو اما ان كان واحدا واما ان كان اثنين فان كان واحدا فان قتلهما معا فعلى القاتل نصف قيمة كل واحد منهما نصف قيمة هذا ونصف قيمة ذاك و يكون للمولى وعليه نصف دية كل واحد منهما نصف دية هذا ونصف دية ذاك وتكون لورثتهما وهذا دليل على ان العتق نازل فى غير العين اذ لو لم يكن لكان الواجب فى قتلهما معا قيمة عبدين ومع ذلك لم يجب بل وجب دية حر وقيمة عبد لان أحدهما حر وقد قتل حرا وعبدا والواجب بقتل الحر الدية و بقتل العبد القيمة والدية للورثة والقيمة للمولى وانما تقسم لان كل واحد منهما تجب ديته فى حال وقيمته فى حال لاحتمال انه حر وعبد فينقسم ذلك على اعتبار الاحوال كما هو أصل أصحابنا وان قتلهما على التعاقب يجب على

القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثانى للورثة لان قتل الاول يوجب تعين الثانى للعتق فيتعين الاول للمولى وقد قتل حرا وعبدا خطأ وان كان القاتل اثنين فقتل كل واحد منهما رجلا فان وقع قتل كل واحد منهما معا فعلى كل واحد من القاتلين القيمة نصفها للورثة ونصفها للمولى وايجاب القيمتين يوجب قيمة ودية على قول من يقول ان العتق غير نازل ظاهر الان كل واحد منهما قتل عبدا خطأ وانه يوجب القيمة وأما على قول من يقول بنزول العتق فانما لم تجب الدية لان من تجب الدية عليه منهما مجهول اذ لا يعلم من الذى تجب عليه منهما فلا يمكن ايجاب الدية مع الشك والقيمة متيقنة فتجب بخلاف ما اذا كان القاتل واحدا لان هناك من عليه معلوم لا جهالة فيه وانما الجهالة فيمن له وأما انقسام القيمتين فلان المستحق لاحد البدلين هو المولى والمستحق للبدل الآخر هو الوارث وكل واحد منهما يستحق فى حال ولا يستحق فى حال فوجوب القيمتين حجة أحد القولين وانقسامهما حجة القول الآخر وان وقع قتل كل واحد منهما على التعاقب فعلى قاتل الاول القيمة للمولى وعلى قاتل الثانى الدية للورثة لان أحدهما قتل عبدا والآخر قتل حرا لان قتل الاول أوجب تعين الثانى للحرية والاول للرق ولو كان المملوكان أمتين فولدت كل واحدة منهما ولدا أو ولدت احداهما ولدا فاختار المولى عتق احداهما عتقت هى وعتق ولدها سواء كان للاخرى ولد اولم يكن أما على قول التخيير فظاهر لان العتق كان نازلا فى غير العين منهما والبيان تعيين لمن وقع عليه فعتقت المعينة وعتق ولدها تبعا لها وأما على قول التعليق فلان العتق ان لم ينزل فقد انعقد سبب النزول فى احداهما فيسرى الى ولدها كالاستيلاد والكتابة ولو ماتت الامتان معا قبل الاختيار وقد ولدت كل واحدة منهما ولدا خير المولى فيختار عتق أى الولدين شاء لانهما لما ماتتا معا لم تتعين احداهما للحرية فحدث الولدان على وصف الام فيخير المولى فيهما كما كان يخير فى الام فان مات أحد الولدين قبل الآخر مع بقاء الامتين لا يلتفت الى ذلك ويخير المولى لانه لم يتعلق بموته تعيين اذ الحرية انما تتعين فيه بتعينها فى أمه وحكم التعيين فى الام قائم لان تعيينها ممكن فيخير المولى فيهما فايهما اختار عتقها فعتقت عتق ولدها ولو قتل الامتين معا رجل خير المولى فى الولدين لما قلنا فى الموت وأيهما اختار عتقه فعتق لا يرث من ارش أمه شيأ لانه انما عتق باختيار العتق فيه وذلك يتأخر عن الموت فلا يرث شيأ بل يكون الكل للمولى وهذا نص مذهب التعليق لان العتق لو كان نازلا فى احداهما لحدوثهما على وصف الام لكان الاختيار تعيينا لمن وقع عليه العتق فكان عتقه متقدما على موت الام فينبغى أن يرث والله عز وجل أعلم ولو وطئت الامتان بشبهة قبل اختيار المولى يجب عقر أمتين ويكون للمولى كالارش وهذا يؤيد قول التعليق اذ لو كان تنجيزا لكان الواجب عقر حرة وأمة ولكان نصف ذلك للامتين والنصف للمولى ولما كان كسبهما له والارش فالعقر أولى لانهما لا يملكان بدون ملك الاصل وقد يملك الكسب بدون ملك الاصل كالغاصب فلما كان الكسب له فالارش والعقر أولى ولو باعهما صفقة واحدة كان البيع فاسدا أما على قول التنجيز فظاهر لان العتق اذا نزل فى غير العين منهما صار جامعا بين حر وعبد فى البيع من غير بيان حصة كل واحد منهما لانه غير جائز بالاجماع وأما على قول التعليق فلان حق الحرية قد ثبت وهو انعقاد سبب الحرية لاحدهما فيمنع جواز البيع كما لو جمع بين قن ومدبر فى البيع ولم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن ولو أنه باعهما صفقة واحدة وسلمهما الى المشترى فاعتقهما المشترى فيقال للبائع اختر العتق فى احدهما وأيهما اختار عتقه عتق الآخر على المشترى لان المشترى لما قبضهما بعقد فاسد فقد ملك أحدهما ونفذ اعتاقه فيه فاذا عين البائع أحدهما للعتق تعين الآخر للملك الفاسد فينفذ فيه اعتاق المشترى وانما بدئ بتخيير البائع لان التمليك منه حصل فى مجهول فما لم يتعين أحدهما للحرية لا يتعين الآخر للملك الفاسد فان مات البائع قبل البيان قامت الورثة مقامه ويقال لهم بينوا فان بينوا فى أحدهما عتق الآخر على المشترى ولا يقال ينبغى أن ينقسم العتق بموت المولى كما اذا مات قبل البيع لان شرط الانقسام أن لا يزول الملك عن أحدهما لاستحالة انقسام الحرية على الحر والملك قد زال عن أحدهما فتعذر الانقسام وبقى الخيار فقام الوارث مقام المورث فان قيل الخيار عندكم لا يورث

فكيف ورثتم هذا الخيار وهذا منكم تناقض فالجواب أن هذا الخيار لا يورث عندنا بل يثبت للورثة ابتداء لا بطريق الارث بل لانهم استحقوا قيمة أحد العبدين فكان لهم التعيين كما كان للبائع وهذا كما قالوا فيمن باع أحد عبديه على أنه بالخيار وقبضهما المشترى فماتا في يده ثم مات البائع ان لورثة البائع الاختيار ابتداء لا بطريق الارث كذا هذا فان لم يعتق المشترى حتى مات البائع لم ينقسم العتق فيهما حتى يفسخ القاضى البيع فاذا فسخه انقسم وعتق من كل واحد منهما نصفه وانما كان كذلك لما ذكرنا من فوات شرط الانقسام وهو عدم زوال الملك فى أحدهما والملك قد زال عن أحد العبدين فتعذر التقسيم والتوزيع الا ان البيع الفاسد واجب الفسخ حقا للشرع رفعا للفساد وفسخه بفعل القاضى أو بتراضى المتعاقدين فاذا فسخ عاد الى ملك البائع وشاع العتق فيهما وعتق من كل واحد منهما نصفه ولو وهبهما قبل الاختيار أو تصدق بهما أو تزوج عليهما يخير فيختار العتق فى أيهما شاء وتجوز الهبة والصدقة والامهار فى الآخر لان حرية أحدهما أو حق الحرية وهو انعقاد سبب الحرية فى أحدهما على اختلاف الكيفيتين لا يوجب بطلان هذه التصرفات ألا ترى أنه لو جمع فى الهبة أو فى الصدقة أو فى النكاح بين حر وعبد يصح فى العبد وكذا اذا جمع فيها بين مدبر وقن يصح فى القن وهذا لان الجمع بين الحر والعبد فى البيع انما يوجب فساد البيع لانه اذا جمع بينهما فقد جعل قبول البيع فى كل واحد منهما شرطا لصحة قبوله فى الآخر وانه شرط فاسد وهذه التصرفات لا تبطلها الشروط الفاسدة فان قيل اذا قبضهما الموهوب له أو المتصدق عليه أو المرأة فقد زال الملك عن أحدهما فكيف يخير المولى فالجواب أنا لا نقول بزوال الملك عن أحدهما قبل الاختيار بل زواله موقوف على وجود الاختيار فاذا تعين أحدهما للعتق باختياره العتق يزول الملك عن أحدهما وان مات المولى قبل أن يبين العتق فى أحدهما بطلت الهبة والصدقة فيهما وبطل امهارها لانه لما مات فقد شاع العتق فيهما لوجود شرط الشياع فيعتق من كل واحد منهما نصفه ومعتق البعض لا يحتمل التمليك من الغير ولو أسرهما أهل الحرب كان للمولى أن يختار عتق أحدهما ويكون الآخر لاهل الحرب لان أهل الحرب لم يملكوهما بالاسر لان أحدهما حر أو حق الحرية لاحدهما ثابت وكل ذلك يمنع من التملك بالاسر ولهذا لا يملكون المكاتب والمدبر بالاسر كما لا يملكون الحر واذا لم يملكا بالاسر بقيا على ملك المولى وله خيار العتق فاذا اختار أحدهما بقى الآخر عبدا فيملكه أهل الحرب فان لم يختر المولى حتى مات بطل ملك أهل الحرب بينهما لانه لما مات المولى شاعت الحرية وعتق من كل واحد منهما نصفه فتعذر التملك ولو أسر أهل الحرب أحدهما لم يملكوه لان أحدهما حر أو ثبت له حق الحرية وكل ذلك يمنع من التملك بخلاف ما اذا باع أحدهما لان بيعه اياه اختيار منه للملك فقد باع ملكه باختياره فصح ولو اشتراهما من أهل الحرب تاجر فالمولى أن يختار عتق أيهما شاء ويأخذ الآخر بحصته من الثمن لان الخيار كان ثابتا للمولى قبل البيع فاذا باعوا فقد ثبت للمشترى ما كان ثابتا قبل خيار العمل فاذا اختار عتق أحدهما صح ملك أهل الحرب والمشترى منهم فى الآخر فيأخذه بحصته من الثمن فان اشترى التاجر أحدهما فاختار المولى عتقه عتق وبطل الشراء لما ذكرنا أن ولاية الاختيار قائمة للمولى فان أخذه المولى من الذى اشتراه بالثمن عتق الآخر لان أخذه اياه اعادة له الى قديم ملكه فيتعين الآخر للعتق كانه أعتقه ولو قال فى صحته لعبديه أحدكما حر ثم مرض مرض الموت فاختار عتق أحدهما يعتق من جميع المال وان كانت قيمته أكثر من الثلث بان كانت قيمة أحدهما ألفا وقيمة الآخر ألفين فبين العتق فى الذى قيمته ألفان وهذا يدل على أن اضافة العتق الى المجهول ايقاع وتنجيز اذ لو كان تعليقا واقتصر العتق على حالة المرض ينبغى أن يعتبر من الثلث كما لو أنشأ العتق فى المرض والله عز وجل الموفق وللعبدين حق مخاصمة المولى فلهما أن يرفعانه الى القاضى ويستعديا عليه واذا استعديا عليه أعداهما القاضى وأمره القاضى بالبيان أعنى اختيار أحدهما وجبره عليه بالحبس لو امتنع أما على مذهب التنجيز فلان العتق نازل فى أحد منهما غير عين وكل واحد منهما يجوز أن يكون هو الحر والحرية حقه أوله فيها حق وأما على مذهب التعليق فلان الحرية ان لم تثبت فى أحدهما فقد يثبت حق

الحرية

الحرية أعنى انعقد سبب ثبوت الحرية من غير ثبوت الحرية أصلا وهذا حقه وله فيه حق والبيان طريق استيفاء هذا الحق فكان كل واحد منهما بسبيل من الخصومة والمطالبة بالبيان وانما كان البيان الى المولى لان الاجمال منه فكان البيان اليه كما فى بيان المجمل والمشترك فى النصوص وكمن أقر بشئ مجهول أو باع قفيزا من صبرة كان البيان اليه كذا هذا ثم البيان أنواع ثلاثة نص ودلالة وضرورة أما النص فنحو أن يقول المولى لاحدهما عينا اياك عنيت أو نويت أو أردت بذلك اللفظ الذى ذكرت أو اخترت أن تكون حرا باللفظ الذى قلت أو أنت حر بذلك اللفظ الذى قلت أو بذلك الاعتاق أو أعتقتك بالعتق السابق وغير ذلك من الالفاظ فلو قال أنت حر أو أعتقتك بالعتق السابق فان أراد به عتقا مستأنفا عتقا جميعا هذا بالاعتاق المستأنف وذاك باللفظ السابق لان انشاء العتق فى أحدهما قبل الاختيار اختيار العتق فى الآخر دلالة لما نذكر ان شاء الله تعالى وان قال عنيت به الذى لزمنى بقولى أحدكما حر يصدق فى القضاء ويحمل قوله أعتقتك على اختيار العتق أى اخترت عتقك وأما الدلالة فهى أن يخرج المولى أحدهما عن ملكه بالبيع أو بالهبة أو بالصدقة أو بانشاء العتق أو يرهن أحدهما أو يؤاجر أو يكاتب أو يدبر أو يستولدان كانت أمة لان الاصل ان من خير بين أمرين ففعل ما يستدل به على اختياره أحدهما يجعل ذلك اختيارا منه دلالة ويقوم ذلك مقام النص كانه قال اخترت والاصل فيه ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لبريرة ان وطئك زوجك فلا خيار لك لما ان تمكينها زوجها من الوطء دليل اختيارها زوجها لا نفسها فصار هذا أصلا فى الباب وهذه التصرفات كلها فى أحدهما دليل اختيار العتق فى الآخر لان منها ما ينافى اختيار العتق المبهم فى المتصرف فيه وهى التصرفات المزيلة للملك ومنها ما لا ينافى اختيار العتق المبهم فى المتصرف فيه لكن اختيار العتق المبهم فيه يبطله وهو الرهن والاجارة والكتابة والتدبير والاستيلاد والعاقل يقصد صحة تصرفاته وسلامتها عن الانتقاض والبطلان فكان اقدامه على كلا النوعين من التصرفات فى أحدهما دليلا على اختياره العتق المبهم فى الآخر واختياره العتق المبهم فى أحدهما عينا شرط لنزول العتق فيه بالكلام السابق وهذا التخريج على قول من يقول ان العتق غير نازل فى العين فيهما فاما على قول من يقول بنزول العتق فى أحدهما غير عين فهو ان هذه التصرفات لا صحة لها بدون الملك فالاقدام عليها يكون اختيارا للملك فى المتصرف فيه فتعين الآخر فيعتق ضرورة من غير اختيار المولى نصا ودلالة كما اذا مات أحدهما قبل الاختيار أو قتل وسواء كان البيع بتا أو فيه خيار للبائع أو للمشترى أما على مذهب التنجيز فلانه لا صحة للبيع الا بالملك فكان اقدامه على بيع أحدهما اختيارا اياه للملك فيتعين الآخر للعتق ضرورة وأما على مذهب التعليق أما خيار المشترى فلا يمنع زوال المبيع عن ملكه بلا خلاف فينافى اختيار العتق المبهم فيه وأما اختيار البائع فلان اختيار العتق المبهم يبطل شرط الخيار وسواء كان البيع صحيحاً أو فاسدا اذا قبض المشترى لانه وقع مزيلا للملك فيتعين الآخر للعتق دلالة أو ضرورة وأما اذا لم يقبض فقد ذكر فى الاصل اذا باع أحدهما بيعاً فاسدا وقبض المشترى عتق الباقى ولم يذكر انه اذا لم يقبض ماذا حكمه وهكذا ذكر محمد فى الاملاء اذا وهب أحدهما وأقبضه أو تصدق وأقبض عتق الآخر عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعندنا ولم يذكر حال عدم القبض وذكر الجصاص ان القبض ليس بشرط ويتعين العتق فى الآخر سواء قبض المشترى أو لم يقبض وهكذا ذكر القدورى وقال قد ظهر القول من أصحابنا انه اذا ساوم باحد العبدين وقع العتق فى الآخر وهكذا روى ابن سماعة عن أبى يوسف أنه لو أوصى باحدهما أو ساوم عتق الآخر ومعلوم أن المساومة دون البيع الفاسد فالسوم لما كان بيانا فالبيع أولى وبه تبين أن ذكر القبض فى الاصل ليس على سبيل الشرط بل وقع ذكره اتفاقا أو اشعارا انه مع القبض من التصرفات المزيلة للملك ولو علق عتق أحدهما عينا بشرط بان قال له ان دخلت الدار فانت حر عتق الآخر أما على مذهب التنجيز فلان التعليق بما سوى الملك وسببه لا يصح الا فى الملك فكان الاقدام على تعليق عتقه اختيارا للملك فيه فيتعين الآخر للعتق ضرورة

كما لو نجز العتق فى أحدهما وأما على مذهب التعليق فلان اختيار العتق المبهم فيه يبطل التعليق بالشرط فصار كما لو دبر أحدهما وذكر ابن سماعة عن محمد أنه اذا قال لاحدهما ان دخلت الدار فانت حر ثم قال أحدكما حر ثم دخل الذى علق عتقه بدخول الدار حتى عتق عتق الآخر لان ملك المولى زال عن أحدهما بالسبب من جهته فصار كما لو أعتقه ابتداء أو باعه ولو كان المملوك أختين فوطئ المولى احداهما فان علقت منه عتقت الاخرى بالاجماع لانها صارت ام ولد له وقد ذكرنا ان الاستيلاد يكون معينا للعتق فى الاخرى وان لم تعلق لا تعتق الاخرى فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد تعتق وروى ابن سماعة عن أبى يوسف أنه قال وكذلك لو قبل احداهما بشهوة أو لمس بشهوة أو نظر الى فرجها عن شهوة ولو استخدم احداهما لا تعتق الاخرى فى قولهم جميعا لان الاستخدام تصرف لا يختص بالملك اذ قد يستخدم الحرة (وجه) قولهما ان الظاهر من حال العاقل المتدين الاقدام على الوطء الحلال لا الحرام وحل الوطء لا يثبت الا باحد نوعى الملك ولم يوجد ههنا ملك النكاح فتعين ملك اليمين للحل واذا تعينت الموطوأة للملك تعينت الاخرى للعتق ولان الوطء لو لم يجعل بيانا فمن الجائز أن يقع اختياره على الموطوأة فيتبين أنه وطئ حرة من غير نكاح فيجعل الوطء بيانا ضرورة التحرج عن الحرام حالا ومآلا حتى لو قال احداكما مدبرة ثم وطئ احداهما لا يكون بيانا بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك الاستمتاع فلا حاجة الى التحرز بالبيان ولهذا جعل الوطء بيانا فى الطلاق المبهم حتى لو قال لامرأتيه احداكما طالق فوطئ احداهما طلقت الاخرى كذا ههنا ولابى حنيفة أن كون الوطء بيانا للعتق فى غير الموطوأة يستدعى نزول العتق ليكون العتق تعيينا للمعتقة منهما والعتق بالكلام السابق غير نازل لما بينا من الدلائل وهكذا نقول فى الطلاق المبهم أنه غير واقع فى غير المعين منهما بل هو معلق بشرط الاختيار الا أن هناك جعل الوطء دلالة الاختيار ولم يجعل ههنا لان الوطء فى باب النكاح مستحق على الزوج شرعا لقوله عز وجل فامساك بمعروف أو تسريح باحسان قيل فى التفسير ان الامساك بالمعروف هو الوطء والنفقة واذا كان الوطء مستحقا بالنكاح عند اختيار الامساك فاذا قصد وطء احداهما صار مختارا لامساكها فيلزمه ايفاء المستحق شرعا ضرورة اختيار الامساك فيصير مختارا طلاق الاخرى والوطء فى الامة غير مستحق بحال فلا يكون وطء احداهما اختيارا للعتق فى الاخرى لو صار مختارا للامساك انما يصير ليقع وطؤه حلالا تحرجا عن الحرمة ووطؤه اياهما جميعا حلال وباختيار احداهما لا يظهر ان وطء الموطوأة كان حراما لان العتق ثبت حال الاختيار مقصورا عليها وأما الضرورة فنحو أن يموت أحد العبدين قبل الاختيار فيعتق الآخر لانه بالموت خرج من أن يكون محلا لاختيار العتق المبهم فتعين الآخر ضرورة من غير تعيين المولى لا نصا ولا دلالة وهذا يدل على أن العتق غير نازل اذ لو كان نازلا لما تعين الآخر للعتق لان التعيين للضرورة وهى ضرورة عدم المحل ولا ضرورة لان الميت كان محلا للبيان اذ البيان تعيين لمن وقع عليه العتق بالايجاب السابق وقت وجوده وكان حيا فى ذلك الوقت وهذا بخلاف ما اذا باع أحد عبديه على أن المشترى بالخيار ثلاثة أيام فمات أحدهما ان ملك المشترى يتعين فى الميت منهما ولا يتعين فى الحى لان هناك وجد المسقط للخيار فى الميت قبل الموت وهو حدوث العيب فيه اذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض عادة لحدوث العيب فيه يبطل خيار المشترى فيه فيتعين بالبيع فيتعين الحى للرد وههنا حدوث العيب فى أحدهما لا يوجب تعيينه للملك قبل الموت فيتعين للموت فيتعين الآخر للعتق ضرورة بخلاف ما اذا قال أحد هذين ابنى أو أحد هاتين أم ولدى فمات أحدهما لم يتعين الآخر للحرية والاستيلاد كذا روى ابن سماعة عن محمد لان قوله أحد هاتين أم ولدى أو أحد هذين ابنى ليس بانشاء بل هو اخبار عن أمر سابق والاخبار يصح فى الحى والميت فيقف على بيانه وقوله أحدكما حر أو أحد هذين حر انشاء للحرية فى أحدهما والانشاء لا يصح الا فى الحى فاذا مات أحدهما تعين الآخر للحرية وكذا اذا قتل أحدهما سواء قتله المولى أو أجنبى لما قلنا غير ان القتل ان كان من المولى فلا شئ عليه وان كان من الاجنبى فعليه قيمة العبد المقتول للمولى فان اختار المولى عتق المقتول لا يرتفع العتق عن الحى ولكن قيمة المقتول

تكون

تكون لورثته لان المولى قد أقر بحريته فلا يستحق شيأ من قيمته فان قطعت يد أحدهما لا يعتق الآخر سواء كان القطع من المولى أو من أجنبي لان القطع لا يقطع خيار المولى لبقاء محل الخيار بخلاف القتل فان قطع أجنبي يد أحدهما ثم بين المولى العتق فان بينه فى غير المجنى عليه فالارش للمولى بلا شك وان بينه فى المجنى عليه ذكر القدورى فى شرحه ان الارش للمولى أيضا ولا شئ للمجنى عليه من الارش وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ان الارش يكون للمجنى عليه وهكذا ذكر القاضى فيما اذا قطع المولى ثم بين العتق أنه ان بينه فى المجنى عليه يجب عليه أرش الاحرار و يكون للعبد وعلل بأنه أقر على نفسه بانه جنى على حر وان بينه فى غير المجنى عليه فلا شئ على المولى ولم يذكر القدورى هذا الفصل وانما ذكر فصل الاجنبي وماذكره القاضى قياس مذهب التنجيز لان البيان يكون تعيينا لمن وقع عليه العتق فيتبين انه كان حرا وقت ورود الجناية عليه فيوجب ارش الاحرار على المولى للعبد وماذكره القدورى قياس مذهب التعليق لان العتق ثبت وقت الاختيار مقصورا عليه فلا يظهر لان الجناية صادفت يد حر والله عز وجل أعلم ولو قال عبدى حر وليس له الا عبد واحد عتق لانه تعين بالايجاب فانصرف اليه فان قال لى عبد آخر عنيته لم يصدق فى القضاء لانه اذا لم يعرف له عبد آخر انصرف ايجابه الى هذا العبد ظاهرا فلا يصدق فى العدول عن الظاهر الا ببينة تقوم على أن له عبدا آخر و يصدق فيما بينه و بين الله عز وجل لانه نوى ما يحتمله لفظه ولو قال أحد عبيدى حر او أحد عبدى حر وليس له الا عبد واحد عتق لان لفظة أحد لا تقتضى آحادا ألا ترى أن الله تعالى موصوف بانه أحد قال سبحانه وتعالى قل هو الله أحد ولا مثل له ولا شريك ولا أحد غيره فى الازل وروى بشر عن أبى يوسف فيمن كان له ثلاثة أعبد فقال أحد عبيدى حر أحد عبيدى حر أحد عبيدى حر قال ذلك ثلاثا عتقوا لان أحدهم عتق باللفظ الاول لانه أحد عبيده وعتق الآخر باللفظ الثانى لهذا المعنى وقد بقى له عبدان فيعتق أحدهما وعتق الثالث باللفظ الثالث وان لم يبق الا عبد واحد كما لو قال ابتداء أحد عبيدى حر وليس له الا عبد واحد ولو قال أحدكم حر أحدكم حر أحدكم حر لم يعتق الا واحد لان أحدهم عتق باللفظ الاول ثم باللفظ الثانى جمع بين حر وعبدين فقال أحدكم حر لم يصح ثم باللفظ الثالث جمع بين عبد وحرين فلم يصح ذلك أيضا لانه يحمل على الاخبار وهو صادق فيما أخبر ولو قال لعبده أنت حر أو مدبر يؤمر بالبيان فان قال عنيت به الحرية عتق وان قال عنيت به التدبير صار مدبرا وهذا ظاهر فان مات قبل البيان والقول فى الصحة عتق نصفه بالاعتاق البات و نصفه بالتدبير لشيوع العتقين فيه الا أن نصفه يعتق مجانا من جميع المال لانه يعتق بالاعتاق البات فى حالة الصحة و نصفه يعتق من الثلث لانه يعتق بالتدبير والعتق بالتدبير يثبت من طريق الوصية فيعتبر من الثلث سواء كان التدبير فى المرض أو فى الصحة ان خرج من الثلث عتق كل النصف وان لم يكن له مال غيره عتق ثلث النصف مجانا لان هذا القدر لم يتعلق به حق الورثة و يسعى فى ثلثى النصف وهو ثلث الكل ولو كانا عبدين فقال أحدكما حر أو مدبر يؤمر بالبيان فان مات قبل البيان ولا مال له غيرهما والقول فى الصحة عتق نصف كل واحد منهما للشيوع الا أن الربع من كل واحد منهما يعتق مجانا من جميع المال لحصوله بالاعتاق البات فى حالة الصحة والربع يعتق من أصوله بالتدبير و يسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته على كل حال ولو قال أنتما حران أو مدبران والمسئلة بحالها عتق نصف كل واحد منهما بالاعتاق البات و نصف كل واحد منهما بالتدبير وهذا كله اذا كان القول فى الصحة فان كان فى المرض يعتبر ذلك من الثلث ولو كان لرجل ثلاثة أعبد فقال هذا حر او هذا وهذا عتق الثالث و يؤمر بالبيان فى الاولين ولو قال هذا حر وهذا أو هذا عتق الاول و يؤمر بالبيان فى الآخرين وكذلك هذا فى الطلاق ووجه الفرق ان كلمة أو فى الفصل الاول دخلت بين الاول والثانى فأوجبت حرية احدهما غير عين ثم الثالث عطف على الحر منهما أيهما كان فصار كانه قال أحدكما حر وهذا وفى الفصل الثانى أوجب الحرية للاول عينا ثم أدخل كلمة أو فى الثانى والثالث فأوجبت حرية أحدهما غير عين فعتق الاول و يؤمر بالبيان فى الثانى والثالث وهذا بخلاف ما اذا قال ان كلمت هذا

أوهذا وهذا فعبدى حر انه ان كلم الاول وحده حنث وان كلم الثانى أو الثالث وحده لا يحنث مالم يكلمهما جميعا ولو قال ان كلمت هذا وهذا أو هذا فعبدى حر فان كلم الثالث وحده حنث وان كلم الاول أو الثانى وحده لا يحنث مالم يكلمهما جميعاً لان فى الفصل الاول جعل شرط الحنث كلام الاول وحده أو كلام الثانى والثالث جميعاً لانه جعل الثالث معطوفا على الثانى بحرف العطف فقد أدخل كلمة أو بين الاول وحده و بين الثانى والثالث جميعاً وأما فى الفصل الثانى فقد جعل شرط الحنث كلام الاول والثانى جميعاً أو كلام الثالث وحده لانه عطف الثانى على الاول بحرف العطف وأدخل كلمة أو بين الاول والثانى جميعاً والثالث وحده والله عز وجل أعلم ولو اختلط حر بعبد كرجل له عبد فاختلط بحر ثم كل واحد منهما يقول أنا حر والمولى يقول أحدكما عبدى كان لكل واحد منهما أن يحلفه بالله تعالى ما يعلم أنه حر فان حلف لاحدهما ونكل للآخر فالذى نكل له حر دون الآخر وان نكل لهما فهما حران وان حلف لهما فقد اختلط الامر فالقاضى يقضى بالاختلاط و يعتق من كل واحد منهما نصفه بغير شئ ونصفه بنصف القيمة وكذا لو كانوا ثلاثة يعتق من كل واحد منهم ثلثه و يسعى فى ثلثى قيمته كذا ذكره الكرخى وكذلك لو كانوا عشرة فهو على هذا الاعتبار وهذا كرجل أعتق أحد عبديه بعينه ثم نسيه فان بين فهو على ما بين فان لم يبين وقال لا أدرى أيهما حر لا يجبر على البيان ولكن يعتق من كل واحد منهما نصفه مجانا و نصفه بنصف القيمة كذلك ههنا وأما النوع الثانى وهو ما يتعلق به بعد موت المولى فهو ان المولى اذا قال لعبديه أحدكما حر لا ينوى أحدهما بعينه ثم مات قبل الاختيار عتق من كل واحد منهما نصفه لانه وقع اليأس عن البيان والاختيار اذ لا يمكنه ذلك بنفسه وهذا الخيار لا يورث حتى يقوم الوارث فيه مقامه فيشيع العتق فيهما اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فيعتق من كل واحد منهما نصفه مجانا و يسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته وفصل الشيوع دليل نزول العتق فى أحدهما اذ الثابت تشييع والموت ليس باعتاق علم ان الكلام السابق وقع تنجيزا للعتق فى أحدهما ثم فرق بين هذا الخيار و بين خيار التعيين فى باب البيع لانه الوارث هناك يقوم مقام الموت فى البيان وههنا لا و وجه الفرق ان هناك ملك المشترى أحد العبدين مجهولا اذ كل واحد منهما محل للملك فاذا مات فالوارث ورث منه عبدا مجهولا فتى جرى الارث ثبت ولاية التعيين أما ههنا فأحدهما حر أو استحق الحرية وذلك يمنع جريان الارث فى أحدهما فيمنع ولاية التعيين هذا اذا كان المزاحم له محتملا للعتق وهو ممن ينفذ اعتاقه فيه فأما اذا كان ممن لا ينفذ اعتاقه فيه بأن جمع بين عبده وعبد غيره فقال أحدكما حر لا يعتق عبده الا بالنية لان قوله أحدكما يحتمل كل واحد منهما لان عبد الغير قابل للعتق فى نفسه ويحتمل لنفوذ الاعتاق فيه فى الجملة فلا ينصرف الى عبد نفسه الا بالنية وان كان المزاحم ممن لا يحتمل العتق أصلا كما اذا جمع بين عبده و بين بهيمة أو حائط أو حجر فقال أحدكما حر أو قال عبدى حر أو هذا أو هذا فان عبده يعتق فى قول أبى حنيفة نوى أو لم ينو وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق الا بالنية وكذا اذا جمع بين عبده و بين ميت وقد ذكرنا الكلام فى هذه الجملة فى كتاب الطلاق وعلى هذا اذا جمع بين عبده و بين حر فقال أحدكما حر انه لا يعتق عبده الا بالنية لان صيغته صيغة الخبر فيحمل على الاخبار وهو صادق فى اخباره مع ما فى الحمل عليه تصحيح تصرفه وانه أصل عند الامكان فيحمل عليه الا اذا نوى فيحمل على الانشاء بقرينة النية والحر لا يحتمل انشاء الحرية فينصرف الى العبد ولو جمع بين عبده ومدبره فقال أحدكما حر لا يصير عبده مدبرا الا بالنية و يحمل على الاخبار كما فى الجمع بين الحر والعبد ولو جمع بين عبديه ومدبره فقال اثنان منكم مدبران صار أحد عبديه مدبرا و يؤمر بالبيان لان قوله اثنان منكم يصرف أحدهما الى المدبر و يكون اخبارا عن تدبيره اذ الصيغة للخبر فى الوضع وهو صادق فى هذا الاخبار والآخر يصرف الى أحد العبدين فيكون انشاء للتدبير فى أحدهما اذ لا يمكن حمله على الخبر لانه يكون كذبا فيحمل على الانشاء كأنه قال للمدبر هذا مدبر وأحد العبدين مدبر فيؤمر بالبيان كما لو قال ذلك ابتداء لعبديه أحدكما مدبر فان مات المولى قبل البيان انقسم تدبير رقبة بين العبدين نصفين فيعتق المدبر المعروف من الثلث و يعتق نصف كل واحد من العبدين من

الثلث لان التدبير وصية والوصية تعتبر من الثلث سواء كان فى المرض أو فى الصحة وهذا كما لو جمع بين عبدين وحر فقال اثنان منكم حران انه ينصرف أحدهما الى الاخبار عن حرية أحدهم والآخر الى انشاء الحرية فى أحد العبدين لا غير كأنه قال للحران هذا حر وأحد العبدين حر فيؤمر بالبيان فان مات قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه لشيوع العتق فيهما كذا هذا ولو كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حر ثم خرج أحدهما ودخل الآخر فقال أحدكما حر فالكلام فى هذه المسئلة فى الاصل يقع فى موضعين أحدهما يتعلق فى حال الحياة والثانى يتعلق بحال الموت أما الاول فمادام المولى حيا يؤمر بالبيان ثم ان بدأ بالبيان للايجاب الاول فان عنى به الخارج عتق الخارج بالايجاب الاول وتبين ان ايجاب الثانى بين الثابت والداخل وقع صحيحا لوقوعه بين عبدين فيؤمر بالبيان لهذا الايجاب وان عنى بالايجاب الاول الثابت عتق الثابت بالايجاب الاول وتبين ان الايجاب الثانى وقع لغوا لحصوله بين حر وعبد فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه قال الكلام الثانى ينصرف الى الداخل وهذا غير سديد لان على قوله اذا جمع بين حر وعبد فقال أحدكما حر ينبغى ان ينصرف الى العبد وليس كذلك بالاجماع وان بدأ بالبيان للايجاب الثانى فان عنى به الداخل عتق الداخل عتق بالايجاب الثانى وبقى الايجاب الاول بين الخارج والثابت على حاله كما كان فيؤمر بالبيان كما كان وان عنى به الثابت عتق الثابت بالايجاب الثانى وعتق الخارج بالايجاب الاول لتعيينه للعتق باعتاق الثابت وأما الذى يتعلق بما بعد الموت فههنا حالان حال ما بعد موت العبدين وحال ما بعد موت المولى أما موت العبدين فان مات الخارج عتق الثابت بالايجاب الاول وتبين ان الايجاب الثانى وقع باطلا وان مات الثابت عتق الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثانى لان الثابت قد أعيد عليه الايجاب فعتقه يوجب تعيين كل واحد منهما للعتق وان مات الداخل يؤمر المولى بالبيان للايجاب الاول فان عنى به الخارج عتق الخارج بالايجاب الاول وبقى الايجاب الثانى بين الداخل والثابت فيؤمر بالبيان وان عنى به الثابت تبين ان الايجاب الثانى وقع باطلا وأما موت المولى قبل البيان فان كان القول منه فى الصحة يعتق من الخارج نصفه ومن الثابت ثلاثة أرباعه بلا خلاف بين أصحابنا واختلفوا فى الداخل قال أبو حنيفة وأبو يوسف يعتق من الداخل نصفه وقال محمد ربعه أما فى مسئلة الوفاق فلان المولى ان كان عنى بالايجاب الاول الخارج عتق كله ولم يعتق به الثابت وان كان عنى به الثابت عتق الثابت كله ولم يعتق به الخارج وكل واحد منهما يعتق فى حال ولا يعتق فى حال فيتنصف فيعتق من كل واحد منهما نصفه بالايجاب الاول ثم الثابت بالايجاب الثانى يعتق نصفه الباقى فى حال ولا يعتق فى حال فيتنصف ذلك النصف فيعتق ربعه بالايجاب الثانى وقد عتق نصفه بالايجاب الاول فيعتق ثلاثة أرباعه وأما مسئلة الخلاف فاما وجه قول محمد فهو ان الايجاب الثانى يصح فى حال ولا يصح فى حال لانه ان كان المولى عنى بالايجاب الاول الخارج يصح الايجاب الثانى لان الثابت يبقى رقيقا فيقع الايجاب الثانى جمعا بين العبدين فيصح وان كان عنى به الثابت لا يصح لانه يقع جمعا بين الحر والعبد فيلغو فيصح الايجاب الثانى فى حال ولم يصح فى حال فلا يثبت الا نصف حرية فيقسم بين الثابت والداخل فيصيب كل واحد منهما الربع ولهما ان الايجاب الثانى انما يدور بين الصحة والبطلان اذا نزل العتق بالايجاب الاول فى غير المعين منهما ولم ينزل لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم فكان الايجاب الثانى صحيحا فى الحالين جميعا فلما مات المولى قبل البيان أصاب الداخل من هذا الايجاب نصف حرية ثم ان كان عنى به الثابت عتق به النصف الباقى ولا يعتق الداخل وان كان عنى به الداخل عتق كله ولا يعتق شىء من النصف الباقى من الثابت فكل واحد منهما يثبت فى حال ولا يثبت فى حال فيتنصف فيعتق من الثابت ربعه ومن الداخل نصفه والدليل على ان ما ذكره محمد غير سديد ان الايجاب الثانى لو كان تردد بين الصحة وعدم الصحة لبطل أصلا ورأسا لان من جمع بين حر وعبد وقال أحدكما حر يبطل أصلا ورأسا ومحمد اعتبر الايجاب الثانى حيث قال بثبوت نصف حرية بين الثابت والداخل هذا

اذا كان القول منه فى الصحة فان كان فى المرض فان كان له مال آخر يخرجون من الثلث أولا يخرجون لكن ان أجازت الورثة فكذلك الجواب وان لم يكن له مال سوى هؤلاء ولم تجز الورثة يقسم الثلث بينهم على قدر وصيتهم لان الاعتاق فى مرض الموت وصية والوصية نفاذها من الثلث فيضرب كل واحد منهم بمقدار وصيته فوصية الخارج نصف الرقبة و وصية الثابت ثلاثة أرباع الرقبة و وصية الداخل نصف الرقبة على أصلهما فيجعل كل واحد على أربعة أسهم لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فالخارج يضرب بنصف الرقبة وذلك سهمان والثابت يضرب بثلاثة أرباع الرقبة وذلك ثلاثة أسهم والداخل يضرب بنصف الرقبة وذلك سهمان فتجمع وصاياهم فتصير سبعة أسهم فيجعل ثلث المال مبلغ الوصايا وذلك سبعة أسهم فيكون ثلثا المال أربعة عشر سهما ضرورة فيكون جميع المال أحد وعشرين فصار كل عبد سبعة أسهم لان ماله ثلاثة أعبد وقد صار ماله كله أحد وعشرين سهما فيخرج منه سهام العتق وسهام السعاية فالخارج يعتق منه سهمان من سبعة و يسعى فى خمسة أسهم والثابت يعتق منه ثلاثة أسهم من سبعة و يسعى فى أربعة أسهم والداخل يعتق منه سهمان من سبعة و يسعى فى خمسة أسهم كالخارج واذا صار سهام الوصايا سبعة تصير سهام الورثة أربعة عشر ضرورة فاستقام الثلث والثلثان وهذا التخريج على قولهما وأما على قول محمد فالخارج يضرب بسهمين والثابت بثلاثة والداخل بسهم فذلك ستة أسهم فصار ثلث المال ستة أسهم فيكون ثلثاه مثليه وذلك اثنى عشر فيصير جميع المال ثمانية عشر فصار كل عبد ستة أسهم يخرج منها سهام العتق وسهام السعاية فيعتق من الخارج سهمان و يسعى فى أربعة أسهم و يعتق من الثابت ثلاثة أسهم و يسعى فى ثلاثة و يعتق من الداخل سهم واحد و يسعى فى خمسة أسهم فصار للورثة اثنى عشر ولاصحاب الوصايا ستة فاستقام الثلث والثلثان والله عز وجل أعلم وأما الجهالة الطارئة بان أضاف صيغة الاعتاق الى أحدهما بعينه ثم نسيه فالكلام فى هذا الفصل أيضا فى موضعين أحدهما فى كيفية هذا التصرف والثانى فى الاحكام المتعلقة به أما الاول فلا خلاف فى ان أحدهما حر قبل البيان لان الصيغة أضيفت الى معين والمعين محل لنزول العتق فيه فكان البيان فى هذا النوع اظهارا وتعيينا لمن نزل فيه العتق وأما الثانى فالاحكام المتعلقة به ضربان أيضا ضرب يتعلق به فى حال حياة المولى وضرب يتعلق به بعد موته أما الاول فنقول اذا أعتق احدى جاريتيه بعينها ثم نسيها أو أعتق احدى جواريه العشرة بعينها ثم نسى المعتقة فانه يمنع من وطئهن واستخدامهن لان واحدة منهن حرة بيقين فكل واحدة تحتمل أن تكون هى الحرة و وطء الحرة من غير نكاح حرام فلو قرب واحدة منهن ربما يقرب الحرة فيمنع من ذلك صيانة عن الحرام والاصل فى هذا الباب ما روينا من حديث وابصة بن معبد رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الا ان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه ولا يجوز أن يطأ واحدة منهن بالتحرى لما ذكرنا فى كتاب الطلاق فلوانه وطئ واحدة منهن فحكمه نذكره هنا والحيلة فى ان يباح له وطؤهن ان يعقد عليهن عقد النكاح فتحل له الحرة منهن بالنكاح والرقيقة بملك اليمين ولو خاصم العبدان المولى الى القاضى وطلبا منه البيان أمره القاضى بالبيان ولو امتنع حبسه ليبين كذا ذكره الكرخى لان أحدهما حر بيقين والحرية حقه أوله فيها حق ولكل صاحب حق ان يطلب حقه واذا امتنع من الايفاء يجبر عليه ولو ادعى كل واحد منهما انه هو الحر ولا بينة له وجحد المولى فطلبا يمينه استحلفه القاضى لكل واحد منهما بالله عز وجل ما أعتقه لان الاستحلاف لفائدة النكول والنكول بذل أو اقرار والعتق يحتمل كل ذلك ثم ان نكل لهما عتقا لانه بذل لهما الحرية أو أقر بها لهما وان حلف لهما يؤمر بالبيان لان أحدهما حر بيقين وحريته لا ترتفع باليمين وما ذكرنا من رواية ابن سماعة عن محمد فى الطلاق يكون ذلك رواية فى العتاق وهو انهما اذا استحلفا فحلف المولى للاول يعتق الذى لم يحلف له لانه لما حلف للاول والله ما أعتقه فقد أقر برقه فيتعين الآخر للحرية كما اذا قال ابتداء لاحدهما عينا هذا عبد وان لم يحلف له عتق هو لانه بذل له الحرية أو أقر وان تشاحا فى اليمين حلف لهما جميعا بالله عز وجل ما أعتق واحدا منهما فان حلف

لهما

لهما فان كانا أمتين يحجب منهما حتى يبين لما ذكرنا ان حرية احداهما لاترتفع بالحلف وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ان المولى لايجبر على البيان فى الجهالة الطارئة اذالم يتذكر لما فيه من استرقاق الحر لان أحدهما حر بيقين بخلاف الجهالة الاصلية لان ثمة الحرية غير نازلة فى المحل فى أصح القولين فلم يكن فى البيان استرقاق الحر ثم البيان فى هذه الجهالة نوعان نص ودلالة أو ضرورة أما النص فنحو ان يقول المولى لاحدهما عينا هذا الذى كنت أعتقته ونسيت وأما الدلالة أو الضرورة فهى ان يقول أو يفعل ما يدل على البيان نحو ان يتصرف فى احدهما تصرفا لاصحة له بدون الملك من البيع والهبة والصدقة والوصية والاعتاق والاجارة والرهن والكتابة والتدبير والاستيلاد اذا كانتا جاريتين لان هذه التصرفات لاصحة لها الا فى الملك فكان اقدامه دليل اختياره الملك فى التصرف فيه وتعين الآخر للعتق وكذا اذا كانا أمتين فوطئ احداهما عتقت الاخرى بلا خلاف لان احداهما حرة بيقين فكان وطء احداهما تعيينا لها للرق والاخرى للعتق وتعيين الاخرى للعتق ضرورة انتفاء المزاحم بخلاف الجهالة الاصلية على أصل أبى حنيفة لان العتق غير نازل فى احداهما فكانت كل واحدة منهما حلال الوطء وان كن عشرا فوطئ أحداهن تعينت الموطوءة للرق حملا لامره على الصلاح وتعينت الباقيات لكون المعتقة فيهن فهن دلالة أو ضرورة فيتعين البيان نصا أو دلالة وكذا لو وطئ الثانية والثالثة الى التاسعة فتتعين الباقية وهى العاشرة للعتق لان فعله يحمل على الجواز ولا جواز له الا فى الملك فكان الاقدام على وطئهن تعيينا لهن للرق والباقية للعتق أو تتعين الباقية ضرورة والاحسن أن لا يطأ واحدة منهن لاحتمال أن تكون الموطوأة هى الحرة فلو أنه وطئ فحكمه ماذكرنا ولو ماتت واحدة منهن قبل البيان فالاحسن أن لا يطأ الباقيات قبل البيان لاحتمال أن تكون المعتقة فيهن فلو أنه وطئهن قبل البيان جاز لان فعل المسلم العدل محمول على الجواز ما أمكن وأمكن ههنا بان يحمل على أنه قد تذكر أن المعتقة منهن هى الميتة لان البيان فى هذا النوع من الجهالة اظهار وتعيين لمن نزلت فيه الحرية من الاصل فلم تكن الحياة شرطا لمحلية البيان وكان اقدامه على وطئهن تعيينا للميتة للعتق والباقيات للرق دلالة أو تتعين الباقيات للرق ضرورة بخلاف الجهالة الاصلية اذا ماتت واحدة منهن أن الميتة لا تتعين للحرية لان الحرية هناك غير نازلة فى احداهن وانما تنزل عند وجود الشرط وهو الاختيار مقصورا عليه والمحل ليس بقابل للحرية وقت الاختيار فهو الفرق ولو كانت اثنتين فماتت واحدة منهما لا تتعين الباقية للعتق لان الميتة لم تتعين للرق لانعدام دليل يوجب التعيين فلا تتعين الاخرى للعتق ضرورة فوقف تعيينها للعتق على البيان نصا أو دلالة اذ الميتة لم تخرج عن كونها محلا للبيان اذ البيان فى هذا النوع اظهار وتعيين بخلاف النوع الاول فى أصح القولين ولو قال المولى هذا مملوك وأشار الى أحدهما يتعين الآخر للعتق دلالة أو ضرورة ولو باعهما جميعا صفقة واحدة كان البيع فاسدا لانه باع حرا وعبدا صفقة واحدة ولم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن وكذا لو كانوا عشرة فباعهم صفقة واحدة و يفسخ البيع فى الكل ولو باعهم على الانفراد جاز البيع فى التسعة و يتعين العاشر للعتق كذا ذكر الكرخى لان بيع كل واحد منهم اختيار اياه للرق و يتعين الباقى للعتق دلالة أو يتعين ضرورة عدم المزاحم كما لو وطئ عشرة نفر لكل واحد منهم جارية فاعتق واحد منهم جاريته ولا يعرف المعتق فلكل واحد منهم أن يطأ جاريته وان يتصرف فيها تصرف الملاك لان الجهالة تمكنت فى الجانبين جميعا المعتق والمعتق فوقع الشك فى الطرفين فلا يزال اليقين بالشك بخلاف ما اذا كانت الجوارى لواحد فاعتق واحدة منهن ثم نسيها أنه يمنع من وطء الكل لان الجهالة هناك لم تقع الا فى أحد الجانبين فلم يقع الشك الا فى أحد الجانبين اذ المعتق على يقين من حرية احداهن وكل واحدة تحتمل أن تكون هى الحرة فيمنع من وطئهن ولو دخل الكل فى ملك أحدهم صار كأن الكل كن فى ملكه فاعتق واحدة منهن ثم جهلها وأما الثانى فهو أن المولى اذا مات قبل البيان يعتق من كل واحدة منهما نصفه مجانا بغير شيء ونصفه بالقيمة فتسعى كل واحدة منهما فى نصف قيمتها للورثة لما ذكرنا فى الجهالة الاصلية والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يظهر به حكمه فالمظهر له شيئان أحدهما الاقرار والثانى البينة أما الاول فلاشك ان الاقرار من المولى باعتاق عبده يظهر به العتق لان الظاهر ان الانسان لا يقر على نفسه كاذبا فيصدق فى اقراره على نفسه ولا يقبل على غيره لكونه شهادة على الغير وشهادة الفرد غير مقبولة ولو أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه عتق عليه لان اقراره على نفسه مقبول ولا يقبل على غيره لكونه شهادة على الغير وشهادة الفرد غير مقبولة فاذا اشتراه فقد زال المانع من تقييده فى حقه فيعتق عليه وأما البينة فجملة الكلام فيها أنه لا خلاف فى أنها تقبل على عتق المملوك اذا ادعى المملوك العتق وأنكر المولى سواء كان المملوك عبدا أو جارية فاما اذا لم يدع وأنكر العتق والمولى أيضا منكر فهل تقبل الشهادة على عتقه من غير دعواه فان كان المملوك جارية تقبل بالاجماع وان كان عبدا لا تقبل فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد تقبل من أصحابنا من حمل المسئلة على أن عتق العبد حق العبد عند أبى حنيفة والشهادة على حقوق العباد لا تقبل من غير دعواهم كالاموال وسائر حقوق العباد وعندهما هى حق الله تعالى والشهادة على حقوق الله عز وجل مقبولة من غير دعوى أحد كالشهادة على اعتاق الانسان أمته وتطليقه امرأته والشهادة على أسباب الحدود الخالصة لله عز وجل من الزنا والشرب والسكر الا السرقة فانه شرط فيها الدعوى لتحقق السبب اذ لا يظهر كون الفعل سرقة شرعا بدون الدعوى لما نذكر فى كتاب السرقة فنتكلم فى المسئلة بناء وابتداء أما البناء فوجه قولهما ان فى الاعتاق تحريم الاسترقاق وحرمة الاسترقاق حق الله تعالى قال النبى صلى الله عليه وسلم ثلاثة أنا خصمهم ومن كنت خصمه خصمته يوم القيامة وذكر من جملتها رجلا باع حرا وأكل ثمنه وكذا يتعلق به اهلية وجوب حقوق الله عز وجل من الكفارات والزكوات والجمع والجماعات فثبت أن العتق حق الله تعالى فلا يشترط فيه الدعوى لقبول الشهادة القائمة عليه كما فى عتق الامة وطلاق المرأة وكما فى الحدود الخالصة وكذا الاحكام تدل على أن الدعوى ليست بشرط فان الشهادة على حرية الاصل للعبد تقبل من غير دعواه وكذا الشهادة على نسب صبى صغير من رجل وأنكر الرجل وكذا الشهادة على المولى باستيلاد جاريته وهما منكران وكذا التناقض فى العتق لا يمنع صحة الدعوى بان قال عبد لانسان اشترنى فانى عبد فلان فاشتراه ثم ادعى العبد حرية الاصل تسمع دعواه ولو كانت الدعوى فيه شرطا لكان التناقض مانعا من صحة الدعوى كما فى سائر الدعاوى ولابى حنيفة ان الاعتاق اثبات العتق والعتق فى عرف اللغة والشرع اسم لقوة حكمية تثبت للعبد تندفع بها يد الاستيلاء والتملك عنه والقوة حقه اذ هو المنتفع بها مقصودا ألا ترى أنه هو الذى يتضرر بانتفائها مقصودا بالاسترقاق وكذا التحرير اثبات الحرية والحرية فى متعارف الشرع واللغة تنبئ عن خلوص نفس العبد له عن الرق والملك وذلك حقه لانه هو المنتفع به دون غيره مقصودا وحق الانسان ما ينتفع هو به دون غيره فاذا ثبت أن العتق حق العبد فالشهادة القائمة على عتق العبد لا تقبل من غير دعواه كسائر الشهادات القائمة على سائر حقوق العباد والجامع بينهما من وجهين أحدهما أن المشهود به اذا كان حقا للعبد كان العبد مشهودا له فاذا أنكر فقد كذب شهوده والمشهود له اذا كذب شهوده لا تقبل شهادتهم له والثانى ان انكار المشهود له حقه مع حاجته الى استيفاء حقه لينتفع به يوجب تهمة فى الشهادة لان المشهود به لو كان ثابتا لتبادر الى الدعوى ولا شهادة لمتهم وأما قوله فى الاعتاق تحريم الاسترقاق فنقول الاعتاق لا ينبئ عن ذلك وانما ينبئ عن اثبات القوة والخلوص على ما بينا وذلك حقه ثم اذا ثبت حقه بالاعتاق حرم الاسترقاق لما فيه من ابطال حقه وهذا لا يدل على أن حرمة الاسترقاق حق الله عز وجل ألا ترى ان سائر الحقوق الثابتة للعباد يحرم ابطالها ولا يدل على أن حرمة ابطالها حق الله تعالى على أنا ان سلمنا ان فى العتق حق الله تعالى فالمقصود حاصل لانه من حيث انه حق الله تعالى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى العبد ومن حيث انه حق العبد لا تقبل فدارت الشهادة بين القبول وعدم القبول فلا تقبل مع الشك ولهذا لم تقبل الشهادة على القذف من غير دعوى المقذوف وان كان حد القذف حق الله تعالى من وجه وحق العبد من وجه كذا ههنا وأما الاحكام فاما عتق الامة فثمة هكذا نقول ان تلك الشهادة لا تقبل على العتق

من حيث ذات العتق لما قلنا فى العبد وانما تقبل من حيث ان عتق الأمة حق الله تعالى على الخلوص من حيث انه سبب لتحريم الفرج ووسيلة اليه والشىء من حيث التسبب والتوسل غير ومن حيث الذات غير كما قلنا فى كفر المحارب انه يوجب القتل من حيث انه سبب للحراب لا من حيث ذاته بل ذات الكفر غير موجب لانهما غيران كذا هذا ألا ترى أنه ينفصل أحدهما عن الآخر فان العتق قد لا يكون وسيلة الى تحريم الفرج وهو عتق العبد ثم متى قبلت على العتق من حيث انه سبب حرمة الفرج تقبل من حيث ذات العتق وكذا فى طلاق المرأة من غير دعواها وليس للعتق فى محل النزاع سببية تحريم الفرج فلو قبل لقبل على ذات العتق ولا وجه اليه لما بينا فانه قيل ماذكرتم من العذر فى فصل الامة والطلاق لا يصح لان الشهادة على عتق الامة المجوسية والاخت من الرضاعة مقبولة من غير دعوى وهذه الشهادة لا تتضمن حرمة الفروج لان الحرمة كانت ثابتة قبل ذلك وكذا الشهادة على الطلاق الرجعى والطلاق المضاف الى الملك يقبل من غير دعوى ولا تتضمن هذه الشهادة تحريم الفرج فالجواب أن من أصحابنا من يمنع المسئلتين الاولتين فقالوا لا تقبل الشهادة فيهما من غير دعوى لانها لا تتضمن تحريم الفرج ومنهم من سلم مسئلة المجوسية ومنع مسئلة الاخت من الرضاعة وفرق بينهما من حيث ان وطء الامة المجوسية مملوك للمولى وانما منع من الاستيفاء لخبثها كما يمنع من الوطء حالة الحيض ولهذا لو وطئها لا يسقط احصانه وبعد العتق لو وطئها يسقط احصانه فالشهادة على عتقها تضمنت تحريم الفرج فقبلت من غير دعوى فأما الاخت من الرضاعة فحرام الوطء حقيقة حتى لو وطئها يسقط احصانه مع قيام ملك اليمين والمعتبر فى الباب تحريم الفرج لا الانوثة والشهادة على النسب قط لا تقبل من غير دعوى وفيما ذكر من المسئلة وهى ما اذا كان صغيرا فلا تقبل عند أبى حنيفة ما لم ينصب القاضى خصما عن الصغير ليدعى النسب له بطريق النيابة شرعا نظرا للصغير العاجز عن احياء حقه بنفسه والقاضى نصب ناظرا للمسلمين وكان ذلك شهادة على خصم وأما الاستيلاد فهو سبب لتحريم الفرج والدعاوى فى الجملة لانه يوجب حقيقة الحرية عند الموت والحرمة لازمة للحرية حتى لا يباح لها مس المولى وغسله بسبب الحرية فكان الاستيلاد فى الحال سببا لثبوت الحرية فكان سببا لحق الله تعالى فى الحال فيقام السبب مقام الحقيقة فى حق التحريم احتياطا وهو الجواب عن الطلاق الرجعى والطلاق المضاف الى الحرية ثمة ثبت فى الجملة أيضا عند وجود زوال الحل فيعتبر السبب قائما مقام المسبب فى حق الحرمة احتياطا وأما الابتداء فوجه قولهما ان عدالة الشاهد دلالة صدقه فى شهادته من حيث الظاهر فيثبت المشهود به ظاهرا والقاضى مكلف بالقضاء بالظاهر فكان ينبغى أن لا تشترط الدعوى لقبول الشهادة أصلا ولهذا لم تشرط فى عتق الامة وطلاق المرأة وأسباب الحدود الا أنا عرفنا اشتراطها فيما وراء العتق من حقوق العباد بالاجماع فيقتصر على مورد الاجماع (وجه) قول أبى حنيفة ان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب محتمل للكذب فلا يفيد العلم للقاضى بالمشهود به والاصل أن لا يجوز القضاء بما لا علم للقاضى به وبما ليس بثابت قطعا لقوله عز وجل ولا تقف ما ليس لك به علم وانه اسم للثابت قطعا وقوله سبحانه وتعالى ياداود انا جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس بالحق والحق اسم للكائن الثابت ولا ثبوت مع احتمال العدم فكان ينبغى أن لا يجوز القضاء به أصلا الا أن الشرع جاء بالجواز لحاجة العباد الى دفع الفساد وهو المنازعة القائمة بينهما بالدعوى والمنازعة سبب الفساد أو لدفع فساد الزنا كما فى حد الزنا وعتق الامة وطلاق المرأة أو لدفع فساد السكر فى حد الشارب والسكر فالحق المحتمل بالمتيقن أو اكتفى بظاهر الصدق مع الاحتمال دفعا للفساد فبقى الحكم فيما وراء ذلك على الاصل وعلى هذا شاهدان شهدا على رجل أنه أعتق أحد عبديه والعبدان يدعيان العتق أو يدعيه أحدهما فان شهدا فى حال حياة المولى وصحته لا تقبل شهادتهما فى قول أبى حنيفة وعندهما تقبل لان الدعوى شرط قبول الشهادة على عتق العبد عنده والمدعى مجهول فجهالة المدعى منعت صحة الدعوى فامتنع قبول الشهادة وعندهما الدعوى ليست بشرط فجهالة المدعى لا تكون أقل من عدم الدعوى فلا تمنع قبول الشهادة فتقبل ويجبر على البيان وان شهدا بعد وفاته على أنه

أعتق أحدهما في حال صحته فهو على هذا الخلاف وان شهدا على ذلك وهو مريض فمات أوشهدا بعد موته على أنه قال ذلك في المرض لا تقبل في قياس قول أبي حنيفة و في الاستحسان تقبل ولا خلاف في أنهما اذا شهدا على أنه طلق احدى امرأتيه تقبل و يخير فيختار طلاق احداهما وجه قياس قول أبي حنيفة ماذكرنا ان الدعوى شرط والمدعى مجهول وجه الاستحسان أن المدعي ههنا معلوم لان الاعتاق في مرض الموت وصية والخصم في تنفيذ الوصية هو الموصى فكان الميت المشهود له لوقوع الشهادة له فكان المدعى معلوما فجازت الشهادة له بخلاف حال الصحة فان الشهادة هناك وقعت لاحد العبدين فكان المشهود له مجهولا فلم تجز الشهادة ولان المولى لما مات فقد شاع العتق فيهما جميعا فصار كل واحد منهما خصما في حق نفسه متعينا فتقبل الشهادة بخلاف حال الحياة والصحة وكذلك جواب أبي حنيفة في هذه المسئلة في الامتين بأن شهدا بأنه أعتق احدى أمتيه انها لا تقبل لان انعدام اشتراط الدعوى بقبول الشهادة على عتق الامة لكونه سببا لحرمة الفرج وهي حق الله تعالى ولا تثبت حرمة الفرج بالعتق المبهم عند أبي حنيفة فكان الجواب في العبدين والامتين ههنا عنده على السواء بخلاف ما اذا شهدا على أنه طلق احدى امرأتيه انها تقبل لانها قامت على سبب حرمة الفرج والدعوى فيها ليست بشرط ولو شهدا ان أحد هذين الرجلين أعتق عبده فلا نا لم تجز شهادتهما لان المدعى عليه مجهول ولو شهدا أنه أعتق عبد الله وسماه ونسيناه ان الشهادة باطلة لان الشاهد اذا نسي ما تحمل لا تقبل شهادته ولو شهدا أنه أعتق عبده سالما ولا يعرف سالما وله عبد اسمه سالم ليس له غيره تقبل شهادتهما ولو شهدا به في البيع لا تقبل و وجه الفرق ان البيع لا يحتمل الجهالة أصلا والعتق يحتمل ضربا من الجهالة ألا ترى أنه لا يجوز بيع أحد العبدين و يجوز اعتاق أحد العبدين ولو اختلف الشاهدان في الشرط الذي علق به العتق لم تجز شهادتهما لانهما شهدا بعقدين كل عقد لا يثبت الا بشهادة شاهدين ولم يوجد والاصل فيه انه اذا اختلفت شهادة الشاهدين فان كان ذلك في دعوى العتق لا تقبل أصلا وان كان في دعوى المال ففيه تفصيل و وفاق واختلاف نذكر ذلك كله في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى والله عز وجل أعلم

﴿ كتاب التدبير ﴾

الكلام في هذا الكتاب يقع فيما ذكرنا في كتاب العتق وهو بيان ركن التدبير و بيان شرائط الركن و بيان صفة التدبير و بيان حكم التدبير و وقت ثبوت حكمه و بيان ما يظهر به التدبير

﴿ فصل ﴾ أما الاول فركن التدبير هو اللفظ الدال على معنى التدبير لغة وهو اثبات العتق عن دبر ثم اثبات العتق عن دبر نوعان مطلق ومقيد أما المطلق فهو أن يعلق الرجل عتق عبده بموته مطلقا وله ألفاظ قد تكون بصريح اللفظ مثل أن يقول أنت مدبر أو دبرتك وقد تكون بلفظ التحرير والاعتاق نحو أن يقول أنت حر بعد موتي أو حررتك بعد موتي أو أنت معتق أو عتيق بعد موتي أو أعتقتك بعد موتي وكذا اذا قال أنت حر عند موتي أو مع موتي أو في موتي هو بمنزلة قوله بعد موتي لان عند كلمة حضرة فعند الموت يستدعي وجود الموت فيكون موته بمعنى الشرط ومع للمقارنة ومقارنة الشئ يقتضي وجودهما و في للظرف فاذا دخل ما لا يصلح ظرفا يجعل شرطا كما اذا قال لعبده أنت حر في دخولك الدار وقد يكون بلفظ اليمين بأن يقول ان مت فأنت حر أو يقول اذا مت أو متى مت أو متى ما مت أو ان حدث بي حدث أو متى حدث بي لانه علق العتق بالموت مطلقا وكذا اذا ذكر في هذه الالفاظ مكان الموت الوفاة أو الهلاك ولو قال ان مات فلان فأنت حر لم يكن مدبرا لانه لم يوجد تعليق عتق عبده بموته فلم يكن هذا تدبيرا بل كان تعليقا بشرط مطلق كالتعليق بسائر الشروط من دخول الدار وكلام زيد وغير ذلك وقال أبو يوسف لو قال أنت حر ان مت أو قتلت فليس بمدبر وقال زفر هو مدبر لانه علق عتقه بالموت وأنه كائن لا محالة ولابي يوسف ان علق بأحد الامرين فلا يصير مدبرا

كما لو قال ان مت أومات زيد ولو قال ان مت وفلان فأنت حر أو قال أنت حر بعد موتي وموت فلان أو قال بعد موت فلان وموتي لم يكن مدبرا الا أن يموت فلان قبله فيصير حينئذ مدبرا وانما لا يصير مدبرا للحال لانه يحتمل أن يموت المولى أولا فلا يعتق لانه علق العتق بشرطين بموته وموت فلان فلا يعتق بموته وحده ويصير العبد ميراثا فبعد ذلك ان مات فلان و وجد الشرط الآخر فانما وجد بعد ما انتقل الملك الى الورثة ويحتمل أن يموت فلان فيصير مدبرا و يعتق بموت المولى فكان هذا كالتدبير المقيد ثم ينظر ان مات المولى أولا فقد صار العبد ميراثا للورثة لما بينا وان مات فلان أولا فقد صار مدبرا لان التدبير صار مطلقا وصار العبد بحاله يعتق بموت المولى ثم استشهد في الاصل فقال ألا ترى أنه لو قال أنت حر بعد كلامك فلانا و بعد موتي فكلم فلانا كان مدبرا وكذلك قوله اذا كلمت فلانا فأنت حر بعد موتي فكلمه صار مدبرا لانه بعد الكلام صار التدبير مطلقا فكذا هذا وقد يكون بلفظ الوصية وهو أن يوصي لعبده بنفسه أو برقبته أو بعتقه أو يوصيه بوصية يستحق من جملتها رقبته أو بعضها نحو أن يقول له أوصيتك بنفسك أو برقبتك أو بعتقك أو كل ما يعبر به عن جملة البدن لان الموصي يزيل ملكه بالوصية ثم ان كان الموصى له ممن يحتمل الملك يزول الملك اليه والا فيزول لا الى أحد والحر لا يحتمل أن يملك نفسه لما فيه من الاستحالة فكانت الوصية له بنفسه ازالة الملك لا الى أحد وهذا معنى الاعتاق فهذا الطريق جعل بيع نفس العبد وهبتها له اعتاقا كذا هذا فيصير في معنى قوله أنت حر بعد موتي وكذا لو قال له أوصيت لك بثلث مالي لان رقبته من جملة ماله فصار موصى له بثلثها ولان هذا ازالة الملك من الثلث لا الى أحد فيكون اعتاقا و روى بشر عن أبي يوسف فيمن أوصى لعبده بسهم من ماله أنه يعتق بعد موته ولو أوصى له بجزء من ماله لم يعتق و وجه الفرق ان السهم عبارة عن السدس فاذا أوصى له بسدس ماله فقد دخل سدس رقبته في الوصية فاما اسم الجزء فلا يتضمن الوصية بالرقبة لا محالة فكان الخيار فيه الى الورثة فلهم التعيين فيما شاءوا والله عز وجل أعلم وأما المقيد فهو ان يعلق عتق عبده بموته موصوفا بصفة أو بموته وشرط آخر نحو أن يقول ان مت من مرضي هذا أو في سفري هذا فأنت حر أو يقول ان قتلت فأنت حر أو ان غرقت فأنت حر أو ان حدث بي حدث من مرضي هذا أو من سفري هذا فأنت حر ونحو ذلك مما يحتمل أن يكون موته على تلك الصفة و يحتمل أن لا يكون وكذا اذا ذكر مع موته شرطا آخر يحتمل الوجود والعدم فهو مدبر مقيد وحكمه يذكر في موضعه ان شاء الله تعالى و روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لو قال اذا مت ودفنت أو غسلت أو كفنت فأنت حر فليس بمدبر يريد به في حق الاحكام المتعلقة بالتدبير في حال حياة المدبر لانه علق العتق بالموت و بمعنى آخر فلم يكن مدبرا مطلقا فان مات وهو في ملكه استحسنت أن يعتق من الثلث والقياس أن لا يعتق كما لو قال اذا مت فدخلت الدار فأنت حر فمات المولى فدخل العبد الدار انه لا يعتق كذا هذا لكنه استحسن وقال يعتق من الثلث لانه علق العتق بالموت و بما هو من علائقه فصار كما لو علقه بموت نصفه فكان حكمه حكم المدبر المقيد بخلاف قوله اذا مت فدخلت الدار لان دخول الدار لا تعلق له بالموت فلم يكن تعليقا بموت نصفه فلم يكن تدبيرا أصلا بل كان يمينا مطلقا فيبطل بالموت كسائر الايمان ثم التدبير قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بشرط أما المطلق فما ذكرنا وأما المعلق فنحو أن يقول ان دخلت الدار أو ان كلمت فلانا أو اذا قدم زيد فأنت مدبر لان التدبير اثبات حق الحرية وحقيقة الحرية تحتمل التعليق بالشرط فكذا في حق التدبير وذكر محمد في الاصل اذا قال أنت حر بعد موتي ان شئت فان نوى بقوله ان شئت الساعة فشاء العبد في ساعته تلك صار مدبرا لانه علق التدبير بشرط وهو المشيئة وقد وجد الشرط فيصير مدبرا كما اذا قال ان دخلت الدار فأنت مدبر وان عنى به مشيئته بعد الموت فليس للعبد مشيئة حتى يموت المولى لانه علق العتق بشرط يوجد بعد الموت فاذا وجد قبله لا يعتبر فان مات المولى فشاء عند موته فهو حر من ثلثه كذا ذكره في الاصل وذكر الحاكم في مختصره ان المراد منه أن يعتقه الوصي أو الوارث لان العتق ههنا لم يتعلق بالموت وانما تعلق به و بأمر آخر بعده فيصير بمنزلة الوصية بالاعتاق فيجب أن لا يعتق

مالم يعتق وكذا ذكر الجصاص أنه لا يعتق حتى يعتقه الورثة لما قلنا وروى ابن سماعة وعيسى بن أبان وأبو سليمان
عن محمد فيمن قال لرجل اذا مت فأعتق عبدى هذا ان شئت أو قال اذا مت فأمر عبدى هذا بيدك ثم مات فشاء
الرجل عتقه فى المجلس أو بعد المجلس فله أن يعتقه لان هذا وصية بالاعتاق والوصايا لا يتقيد القبول فيها بالمجلس وكذا
ان قال عبدى هذا حر بعد موتى ان شئت فشاء بعد موته فى المجلس أو بعد المجلس فقد وجبت الوصية لما ذكرنا ان
الوصية لا يتقيد قبولها بالمجلس ولا يعتق العبد حتى يعتقه الورثة أو الوصى أو القاضى وهذا يؤيد قول الحاكم
والجصاص لانه لا فرق بين المسئلتين سوى أن هناك علق بمشيئة العبد وههنا علق بمشيئة الاجنبى وكذلك لو قال
لعبده أنت حر ان شئت بعد موتى فمات المولى وقام العبد من مجلسه الذى علم فيه بموت المولى أو أخذ فى عمل آخر فان
ذلك لا يبطل شيأ مما جعله اليه لما ذكرنا ان هذا وصية بالاعتاق وليس بتمليك والوصية لا يقف قبولها على المجلس
وأما المضاف الى وقت فنحو أن يقول أنت مدبر غدا أو رأس شهر كذا فاذا جاء الوقت صار مدبرا لان التدبير
اثبات حق الحرية فيحتمل الاضافة كاثبات حقيقة الحرية ولهذا احتمل التعليق بالشرط كذا الاضافة وقد
روى بشر عن أبى يوسف فيمن قال لعبده أنت حر بعد موتى بشهر فليس بمدبر ولا يعتق الا أن يعتق وروى ابن
سماعة عن محمد أنه قال القياس أن يكون باطلا ألا ترى أنه لو جنى قبل الشهر دفع بالجناية ولو لحقه دين بيع فيه ووجه
القياس ما ذكرنا انه لما علق العتق بمضى شهر بعد الموت فكما مات انتقل الملك فيه الى الورثة ولم يبق الا مضى الزمان
وهو الشهر فلا يحتمل ثبوت العتق به فيبطل الا أنهم استحسنوا فجعلوه وصية بالاعتاق لان تصرف العاقل يحمل
على الصحة ما أمكن وأمكن حمله على الوصية بالاعتاق بعد مضى شهر بعد الموت فيحمل عليها ولو قال أنت حر قبل موتى
بشهر فليس بمدبر لانه ما أضاف العتق الى الموت أصلا بل أضافه الى زمان موصوف بأنه قبل موته بشهر من وقت
التكلم وهذا أيضا يحتمل الوجود والعدم لجواز أن يموت قبل تمام الشهر من وقت الكلام فلا يكون مدبرا للحال
واذا مضى شهر قبل موت المولى وهو فى ملكه ذكر الكرخى فى مختصره أنه مدبر فى قول أبى حنيفة وزفر وعند أبى
يوسف ومحمد ليس بمدبر وعلل القدورى لابى حنيفة انه لما مضى شهر صار كانه قال عند مضى الشهر أنت حر بعد
موتى وذكر فى الجامع أنه لا يكون مدبرا ويجوز بيعه ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح أما على قول أبى حنيفة
فلان المدبر اسم لمن علق عتقه بمطلق موت المولى وههنا ما أضاف العتق الى الموت أصلا بل أضافه الى أول الشهر وكذا
حكمه عند أبى حنيفة يثبت من أول الشهر بطريق الظهور أو يستند اليه والثابت بالتدبير يقتصر على حالة الموت ولا
يستند وبهذا تبين ان ما ذكره القدورى من التعليل لابى حنيفة غير سديد وأما على قولهما فقد ذكر فى النوادر ان
عندهما يصير مدبرا مطلقا ووجهه انه لما مضى الشهر ظهر ان عتقه تعلق بمطلق موت المولى فصار كانه قال عند مضيه
أنت حر بعد موتى فصار مدبرا مطلقا وأما على ظاهر الرواية منهما فلا يصير مدبرا لانه ما علق عتقه بالموت بل بشهر
ومتصل بالموت فيصير كانه قال أنت حر قبل موتى بساعة ولو قال يوم أموت فأنت حر أو أنت حر يوم أموت فان
نوى به النهار دون الليل لم يكن مدبرا لانه نوى حقيقة كلامه اذ اليوم اسم لبياض النهار لغة ويجوز أن يموت بالليل
لا بالنهار فلا يكون هذا مدبرا مطلقا وان عنى به الوقت المبهم فهو مدبر لان اليوم يذكر ويراد به الوقت المطلق قال الله
تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ومن ولى بالليل لحقه الوعيد المذكور وروى الحسن عن أبى حنيفة فيمن قال ان مت
الى سنة أو الى عشر سنين فأنت حر فليس بمدبر لانه علق عتقه بموت بصفة تحتمل الوجود والعدم فان قال ان مت
الى مائة سنة ومثله لا يعيش الى ذلك الوقت فى الغالب فهو مدبر لان موته فى تلك المدة كائن لا محالة وروى هشام
عن محمد فيمن قال أنت مدبر بعد موتى فهو مدبر الساعة لانه أضاف التدبير الى ما بعد الموت والتدبير بعد الموت
لا يتصور فيلغو قوله بعد موتى فيبقى قوله أنت مدبر أو يجعل قوله أنت مدبر أى أنت حر فيصير كانه قال أنت حر بعد
موتى ولو قال أنت حر بعد موتى على ألف درهم فالقبول بعد الموت كذا ذكر فى الجامع الصغير وهذا جواب ظاهر

الرواية وروى عن أبي يوسف ان القبول في هذا على حالة الحياة لا بعد الموت فاذا قبل في المجلس صح التدبير وصار مدبرا ولا يلزمه المال واذا مات عتق ولا شيء عليه (وجه) قوله ان هذا ايجاب العتق في الحال بعوض الا أن العتق يتأخر الى ما بعد الموت فكان القبول في المجلس كما اذا قال له ان شئت فأنت حر رأس الشهر تعتبر المشيئة في المجلس لثبوت الحرية رأس الشهر كذا ههنا فاذا قبل في المجلس صح التدبير ولا يلزمه المال لان المدبر مملوك للمولى مطلقا فلا يجب عليه للمولى دين واذا مات عتق لوجود شرط العتق وهو الموت ولا يلزمه المال لانه لم يلزمه وقت القبول فلا يلزمه وقت العتق وجه ظاهر الرواية انه أضاف الايجاب الى ما بعد الموت فيكون القبول بعد الموت اذ القبول بعد الايجاب يكون ولان الاعتاق بعد الموت وصية بدليل اعتباره من الثلث وقبول الوصايا بعد الموت واذا كان القبول بعد الموت لا يعتبر قبوله في حال الحياة وانما يعتبر بعد الموت فاذا قبل بعد الموت فهل يعتق بعد الموت بنفس القبول أو لا يعتق الا باعتاق الوارث أو الوصي أو القاضي لم يذكر هذا في الجامع الصغير ولو قال أنت مدبر على ألف فقبل فهو مدبر والمال ساقط كذا ذكر الكرخي لانه علق التدبير بشرط وهو قبول المال فاذا قبل صار مدبرا والمدبر على ملك المولى فلا يجوز أن يلزمه دين لمولاه فسقط وروى بشر عن أبي يوسف في نوادره فيمن قال لعبده أنت مدبر على ألف قال أبو حنيفة ليس له القبول الساعة وله أن يبيعه قبل أو لم يقبل فان مات وهو في ملكه فقال قد قبلت أدى الالف وعتق وهو رواية عمرو عن محمد وقال أبو يوسف ان لم يقبل حتى مات ليس له أن يقبل وظاهر قوله أدى الالف وعتق يقتضي ثبوت العتق من غير اعتاق الوارث أو الوصي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي اذا قال اذا مت فأنت حر على ألف درهم فانما يحتاج الى القبول بعد الموت فاذا قبل بعد الموت فلا يعتق بالقبول حتى تعتقه الورثة أو الوصي لان العتق قد تأخر وقوعه عن الموت وكل عتق تأخر وقوعه عن الموت لا يثبت الا بايقاع من الوارث أو الوصي لانه يكون وصية بالاعتاق فلا يثبت ما لم يوجد الاعتاق كما لو قال أنت حر بعد موتي بيوم أو بشهر انه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث أو الوصي بعد مضي اليوم أو الشهر لما قلنا كذا ههنا ثم في الوصية بالاعتاق يملك الوارث الاعتاق تنجيزا وتعليقا حتى لو قال له ان دخلت الدار فأنت حر فدخل يعتق كما لو نجز العتق والوصي يملك التنجيز لا التعليق حتى لو علق بالدخول فدخل لا يعتق ولان الوارث يتصرف بحكم الخلافة عن الميت ويقوم مقامه كأنه هو والوصي يتصرف بالامر فلا يتعدى تصرفه موضع الامر كالوكيل والوكيل بالاعتاق لا يملك التعليق ولو أعتقه الوصي أو الوارث عن كفارة لزمته لا يسقط عنه لانه يقع عن الميت والولاء عن الميت لا عن الوارث لان الاعتاق منه من حيث المعنى ولو قال أنت حر على ألف درهم بعد موتي فالقبول في هذا في الحياة بلا خلاف لانه جعل القبول في الحال شرطا لثبوت العتق بعد الموت فاذا قبل صار مدبرا ولا يجب المال لما قلنا فاذا مات عتق ولا شيء عليه وهذا حجة أبي يوسف في المسائل المتقدمة والله عز وجل الموفق ولو قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتي فما في ملكه صار مدبرا وما يستفيده يعتق من الثلث بغير تدبير وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يدخل في هذا الكلام ما يستفيده (وجه) قوله ان المملوك للحال مراد من هذا الايجاب فلا يكون ما يستفيده مرادا لان الحال مع الاستقبال معنيان مختلفان واللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين ولهذا لم يدخل المستفاد في هذا في الاعتاق البات كذا في التدبير ولهما ان التدبير في معنى اليمين ومعنى الوصية أما معنى اليمين فظاهر لانه تعليق العتق بالشرط فاليمين ان كان لا يصلح الا في الملك القائم أو مضافا الى الملك أو سببه فالوصية تتعلق بما في ملك الموصي وبما يستحدث الملك فيه فان من أوصى بثلث ماله يدخل فيه المملوك للحال وما يستفيده الى وقت الموت وقوله اللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين قلنا قد يشتمل كالكتابة والاعتاق على مال فانهما يشتملان على معنى اليمين والمعاوضة كذا هذا والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فأنواع بعضها يعم نوعي التدبير أعني المطلق والمقيد وبعضها يخص أحدهما وهو المطلق أما الذي يعم النوعين فما ذكرنا في كتاب العتاق فلا يصح التدبير الا بعد صدور ركنه مطلقا عن الاستثناء

من أهله مضافا الى محله ولا يصح الا فى الملك سواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضافا الى وقت أو مضافا الى الملك أو سبب الملك نحو ان يقول لعبد لا يملكه ان ملكتك فأنت مدبر أو ان اشتريتك فأنت مدبر لانه التزم اثبات حقيقة الحرية بعد الموت واثبات حق الحرية فى الحال ولا يثبت ذلك الا بعد وجود الملك فى الحال لانه اذا كان موجودا للحال فالظاهر دوامه الى وقت وجود الشرط والوقت واذا لم يكن موجودا فالظاهر عدمه فلا يثبت حق الحرية عند وجود الشرط والوقت ولا عند الموت فلا يحصل ما هو الغرض من التدبير أيضا على ما نذكر فى بيان حكم التدبير ان شاء الله تعالى ومنها أن يكون التعليق بموت المولى حتى لو علق بموت غيره بأن قال ان مات فلان فأنت حر لا يصير مدبرا أصلا وأما الذى يخص أحدهما فضربان أحدهما أن يكون التعليق بمطلق موت المولى فان كان بموت موصوف بصفة لا يكون تدبيرا مطلقا بل يكون مقيدا والثانى ان يكون التعليق بموته وحده حتى لو علق بموته وشرط آخر لا يكون ذلك تدبيرا مطلقا وقد ذكرنا المسائل المتعلقة بهذين الشرطين فيما تقدم

﴿ فصل ﴾ وأما صفة التدبير فالتدبير متجزئ فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يتجزأ لانه باعتبار الحال اثبات حق الحرية فيعتبر باثبات حقيقة الحرية واثبات حقيقة الحرية يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ كذا اثبات حق الحرية باعتبار المال وهو اثبات حقيقة الحرية فكان اعتاقا فكان الخلاف فيه لازما وعلى هذا يخرج عبد بين اثنين دبره أحدهما ان على قول أبى حنيفة صار نصيبه خاصة مدبرا ونصيب شريكه على ملكه لكون التدبير متجزئا عنده فيقتصر على نصيبه ثم ان كان المدبر موسرا فللشريك ست خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء ضمن وان شاء استسعى العبد وان شاء تركه على حاله أما خيار الاعتاق والتدبير والكتابة والاستسعاء فلان نصيبه بقى على ملكه فى حق التخريج الى العتاق وأما خيار التضمين فلانه بالتدبير أخرجه من أن يكون محلا للتملك مطلقا بالبيع والهبة والرهن ونحو ذلك فقد أتلفه عليه فى حق هذه التصرفات فكان له ولاية التضمين وأما خيار الترك على حاله فلان الحرية لم تثبت فى جزء منه فجاز بقاؤه على الرق وانه مفيد لان له أن ينتفع به منفعة الكسب والخدمة فلا يكلف بالتخريج الى الحرية ما لم يمت المدبر فان اختار الاعتاق فأعتق فللمدبر أن يرجع على المعتق بنصف قيمته مدبرا لانه أتلف عليه نصيبه وهو مدبر فيضمن قيمته مدبرا والولاء بينهما لان الاعتاق منهما لان نصيب المدبر لا يحتمل الانتقال الى المعتق لان التدبير يمنع من ذلك وللمعتق أن يرجع على العبد بما ضمن لان منفعة الاعتاق حصلت له وان شاء المدبر أعتق نصيبه وان شاء كاتب وان شاء استسعى وليس له الترك على حاله لانه معتق البعض فيجب تخريجه الى العتاق هذا اذا كان المعتق موسرا فان كان معسرا فللمدبر ثلاث خيارات ان شاء أعتق وان شاء استسعى وان شاء كاتب وان شاء اختار التدبير فدبر نصيبه حتى صار العبد مدبرا بينهما وساوى شريكه فى التصرف ثم مات أحدهما عتق نصيب الميت بالتدبير ويكون من الثلث لان التدبير وصية ويسعى فى نصف قيمته للباقى ان شاء لانه صار معتق البعض وان شاء أعتق وان شاء كاتب وليس له الترك على حاله لما قلنا فان مات الشريك الآخر قبل أخذ السعاية عتق نصيبه من الثلث أيضا لما قلنا وبطلت السعاية لان العتق حصل بموت المولى والمدبر اذا أعتق بموت مولاه وقيمته تخرج من الثلث لا يجب عليه السعاية وقيل ان هذا على قياس قول أبى حنيفة فاما على قياس قولهما فلا يبطل لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ فقد عتق كله بموت الاول فوجبت السعاية عليه وهو حر فكان ذلك بمنزلة ديون وجبت على الحر فلا تسقط بالموت وأما على قول أبى حنيفه فلا يعتق نصيب الشريك ما لم يؤد السعاية اذا اختار السعاية لان الاعتاق متجزئ عنده فاذا مات الشريك فهذا مدبر مات مولاه وقيمته تخرج من الثلث فيعتق من غير سعاية وان اختار الكتابة وكاتبه صحت الكتابة لان نصيبه على ملكه فان أدى فعتق مضى الامر وان مات المولى قبل الاداء وهو يخرج من الثلث عتق وبطلت عنه السعاية وان كان لا يخرج من الثلث بان لم يكن له مال غيره ففيه خلاف بين أصحابنا الثلاثة نذكر فيما بعد ان شاء الله

تعالى

تعالى وان اختار تضمين المدبر فضمنه فقد صار العبد كله للمدبر لانتقال نصيب شريكه اليه بالضمان والولاء كله للمدبر لان كله عتق على ملكه وللمدبر أن يرجع بما ضمن على العبد فيستسعيه لان الشريك كان له أن يستسعيه فلما ضمن المدبر قام مقامه فيما كان له فان مات المدبر عتق نصفه من ثلث المال لان نصفه قد صار مدبرا فيعتق بموته لكن من ثلث المال لما قلنا ويسعى في النصف الآخر كاملا للورثة لان ذلك النصف كان قنا وان شاؤا اعتقوا ذلك النصف وان شاؤا دبروا وان شاؤا كاتبوا وان شاؤا تركوه على حاله وان اختار الاستسعاء سعى العبد في نصف قيمته فاذا أدى يعتق ذلك النصف ولا يضمن الشريك للمدبر شيأ لان العتق حصل بسبب لا صنع له فيه فلم يوجد منه سبب وجوب الضمان وللمدبر أن يرجع على العبد فيستسعيه لان العبد صار كمعتق البعض فاذا أدى يعتق كله والولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه فان مات المدبر قبل أن يأخذ السعاية بطلت السعاية وعتق ذلك النصف من ثلث ماله لما بينا وان اختار ترك نصيبه على حاله فمات يكون نصيبه موروثا عنه فينتقل الخيار الى الورثة في الاعتاق والتدبير والكتابة والاستسعاء والترك على حاله لان نصيبه انتقل اليهم وقد كان له هذه الخيارات وان مات المدبر عتق ذلك النصف من الثلث ولغير المدبر أن يستسعي العبد في نصف قيمته ان شاء وان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وليس له خيار الترك لانه صار معتق البعض فيجب تخريجه الى العتق لا محالة والولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه هذا اذا كان المدبر موسرا فان كان معسرا فللشريك الخيارات التي ذكرنا الا اختيار التضمين وأما على قولهما اذا دبر نصيبه فقد صار كله مدبرا لان التدبير لا يتجزأ عندهما ويضمن المدبر لشريكه نصف قيمته موسرا كان أو معسرا فقد فرقا بين التدبير وبين الاعتاق ان في الاعتاق لا يضمن اذا كان معسرا وانما يسعى العبد لان هذا ضمان اتلاف أو ضمان تملك أو ضمان حبس المال وانه لا يختلف باليسار والاعسار في أصول الشرع الا ان السعاية في باب الاعتاق ثبتت بخلاف القياس بالنص ولان بالاعتاق قد زال العبد عن ملك المعتق وصار حرا فيسعى وهو حر وههنا الملك قائم بعد التدبير وكسب المدبر على ملك مولاه فلا يمكن القول بالاستسعاء هذا اذا دبره أحدهما أو دبراه على التعاقب فان دبراه معا ينظر ان قال كل واحد منهما قد دبرتك أو أنت مدبر او نصيبي منك مدبر أو قال اذا مت فانت حر أو أنت حر بعد موتي وخرج الكلامان معا صار مدبرا لهما بلا خلاف لان تدبير كل واحد منهما صادف ملك نفسه فصار العبد مدبرا بينهما فاذا مات أحدهما عتق نصيبه من الثلث والآخر بالخيار ان شاء اعتق وان شاء كاتب وان شاء استسعى وليس له أن يتركه على حاله لانه صار معتق البعض فاذا مات الباقي منهما قبل أخذ السعاية بطلت السعاية وعتق ان كان يخرج من الثلث لما ذكرنا وان قالا جميعا اذا متنا فانت حر أو أنت حر بعد موتنا وخرج كلامهما معا لا يصير مدبرا الان كل واحد منهما علق عتقه بموته وموت صاحبه فصار كان كل واحد منهما قال ان مت أنا وفلان فانت حر أو انت حر ان مت أنا وفلان الا اذا مات أحدهما فيصير نصيب الباقي منهما مدبرا لصيرورة عتقه معلقا بموت المولى مطلقا وصار نصيب الميت ميراثا للورثته ولهم الخيارات ان شاؤا اعتقوا وان شاؤا دبروا وان شاؤا كاتبوا وان شاؤا استسعوا وان شاؤا ضمنوا الشريك ان كان موسرا واذا مات الآخر عتق نصيبه من الثلث هذا اذا دبره أحدهما أو كلاهما فان دبر أحدهما أو اعتقه الآخر فهذا في الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما ان خرج الكلامان على التعاقب واما ان خرجا معا فان خرجا على التعاقب فاما ان علم السابق منهما واما ان لم يعلم فان علم فان كان الاعتاق سابقا بان أعتقه أحدهما أولا ثم دبره الآخر فاما على قول أبي يوسف ومحمد فكما أعتقه أحدهما فقد عتق كله لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ وتدبير الشريك باطل لانه صادف الحر والولاء كله للمعتق لان كله عتق باعتاقه وعليه الضمان ان كان موسرا وعلى العبد السعاية ان كان معسرا لما ذكرنا في كتاب العتاق فصار كعبد بين اثنين اعتقه أحدهما وسكت الآخر وقد ذكرنا فيما تقدم وأما على قول أبي حنيفة اذا أعتقه أحدهما فلم يعتق الا نصيبه لتجزي الاعتاق عنده فلما دبره الآخر فقد صح تدبيره لانه دبر ملك نفسه فصح وصار ميراثا للمعتق عن

الضمان لانه قد ثبت له باعتاق الشريك خيارات منها التضمين ومنها التدبير فاذا دبره فقد استوفى حقه فبرئ المعتق عن الضمان ولانه انما يثبت له ولاية التضمين بشرط نقل نصيبه الى المعتق بالضمان وقد خرج الجواب عن احتمال النقل بالتدبير فسقط الضمان والمدبر بالخيار ان شاء اعتق نصيبه الذى صار مدبرا وان شاء كاتبه وان شاء استسعى العبد وليس له أن يتركه على حاله لانه قد عتق بعضه فوجب تخريجه الى العتق بالطرق التى بينا واذا مات المدبر عتق نصيبه الذى صار مدبرا من الثلث والولاء بينهما لان كله عتق باعتاقهما النصف بالاعتاق البات والنصف بالتدبير فعتق نصيب كل واحد منهما على ملكه وان كان التدبير سابقا بان دبره أحدهما أولا ثم اعتق الآخر فعلى قولهما كما دبره أحدهما صار كله مدبرا له لان التدبير عندهما لا يتجزأ كالاعتاق البات ويضمن المدبر نصيب شريكه قنا سواء كان موسرا أو معسرا لما بينا وأما على قول أبى حنيفة فلم يصر كله مدبرا بل نصيبه خاصة لتجزى التدبير عنده فصح اعتاق الشريك فعتق نصفه وللمدبر أن يرجع على المعتق بنصف قيمة العبد مدبرا ان كان المعتق موسرا لما ذكرنا فيما تقدم وان شاء اعتق نصيبه الذى هو مدبر وان شاء استسعى العبد وليس له أن يتركه على حاله لانه معتق البعض وان خرج الكلامان معا لا يرجع أحدهما على صاحبه بضمان لان الضمان انما يجب باتلاف مال الغير فاذا خرج الكلامان معا كان كل واحد منهما متصرفا فى ملك نفسه لا متلفا ملك غيره فلا يجب عليه الضمان ومنهم من قال هذا على قياس قول أبى حنيفة لان الاعتاق والتدبير كل واحد منهما يتجزأ عنده فصح التدبير فى النصف والاعتاق فى النصف فاما على قياس قولهما ينفذ الاعتاق ويبطل التدبير لان الاعتاق والتدبير لا يتجزآن والاعتاق أقوى فيدفع الادنى وان كان أحدهما سابقا لكن لا نعلم السابق منهما من اللاحق ذكر فى الاصل ان المعتق يضمن ربع قيمة العبد للمدبر ويستسعى العبد له فى الربع الآخر وهذا استحسان ولم يذكر الخلاف ومنهم من قال هذا قول أبى حنيفة فاما عندهما فالجواب فيه وفيما اذا خرج الكلامان معا سواء ووجه قولهما ان كل أمرين حادثين لا يعلم تاريخهما يحكم بوقوعهما معا فى أصول الشرع كالغرقى والحرقى والهدمى ولهذا قال بعض أهل الاصول فى النص العام والخاص اذا تعارضا وجهل التاريخ انه يجعل كانهما وردا معا ويبنى العام على الخاص على طريق البيان ويكون المراد من النص العام ما وراء القدر المخصوص ووجه قياس قول أبى حنيفة انه وقع الشك فى وجوب الضمان على المعتق لوقوع الشك فى سبب وجوبه لان التدبير ان كان لاحقا كان المدبر بالتدبير جبريا للمعتق من الضمان لما مر وان كان سابقا يجب الضمان على المعتق فوقع الشك فى الوجوب والوجوب لم يكن ثابتا فلا يثبت مع الشك ووجه الاستحسان له اعتبار الاحوال وهو ان الاعتاق اذا كان متقدما على التدبير فقد أبرأ المدبر المعتق عن الضمان وان كان متأخرا فالمعتق ضامن وقد سقط ضمان التدبير بالاعتاق بعده فاذا لا ضمان على المدبر فى الحالين جميعا والمعتق يضمن فى حال ولا يضمن فى حال والمضمون هو النصف فيتنصف فيعتق ربع القيمة ويسعى العبد للمدبر فى الربع الآخر لانه لما تعذر التضمين فيه ووجب تخريجه الى العتاق أخرج بالسعاية كما لو كان المعتق موسرا والله عز وجل أعلم مدبرة بين رجلين جاءت بولد ولم يدع أحدهما فهو مدبر بينهما كامه لان ولد المدبرة مدبر لما نذكر فى بيان حكم التدبير ان شاء الله تعالى فان ادعاه أحدهما فالقياس ان لا يثبت نسبه منه وهو قول زفر واليه مال الطحاوى من أصحابنا وفى الاستحسان يثبت ووجه القياس انهما لما دبراه فقد ثبت حق الولاء لهما جميعا لانه ولد مدبرتهما جميعا وفى اثبات النسب من المدعى ابطال هذا الحق عليه والولاء لا يلحقه الفسخ ووجه الاستحسان ان النسب قد ثبت فى نصيب المدعى لوجود سبب الثبوت وهو الوطء فى الملك واذا ثبت فى نصيبه يثبت فى نصيب شريكه لان النسب لا يتجزأ وأما قوله حق الولاء لا يحتمل الفسخ فنقول نحن يثبت النسب ولا يسقط حق الولاء لانه لا تنافى بينهما فيثبت النسب من الشريك المدعى ويبقى نصف الولاء للشريك الآخر وصار نصف الجارية أم ولد له ونصفها مدبرة على حالها للشريك فان قيل الاستيلاد لا يتجزأ وهذا قول بالتجزئة فالجواب ما ذكرنا فى كتاب العتاق انه متجزئ فى نفسه

عند أبي حنيفة كالاعتاق الا انه يتكامل في بعض المواضع لوجود سبب التكامل على انا نقول الاستيلاد لا يتجزأ فيما يحتمل نقل الملك فيه فاما ما لا يحتمل فهو متجز وههنا لا يحتمل لما ذكرو يغرم المدعى نصف العقر لشريكه ونصف قيمة الولد مدبرا ولا يضمن نصف قيمة الام أما وجوب نصف العقر فلانه أقر بالوطء في ملك الغير لاقراره بوطء مدبرة مشتركة بينهما وانه حرام الا ان الحد لا يجب للشبهة لان نصف الجارية ملكه فيجب العقر و يغرم نصف قيمة الولد مدبرا لانه بالدعوة أتلف على شريكه ملكه الثابت ظاهرا لانه حصل في محل هو ملكهما فاذا ادعاه فقد أتلف على شريكه ملكه الثابت من حيث الظاهر باخراجه من ان يكون منتفعا به منفعة الكسب والخدمة فيضمن نصف قيمته مدبرا لانه أتلف على شريكه نصف المدبر ولا يغرم نصف قيمة الجارية لان نصيب الشريك قد بقي على ملكه ولم تصر الجارية كلها أم ولد له لان استيلاد نصيب شريكه يعتمد تملك نصيبه ونصيبه لا يحتمل التملك لكونه مدبرا بخلاف الامة القنة بين رجلين جاءت بولد فادعاه أحدهما انه يثبت النسب و يغرم نصف عقر الجارية لشريكه وتصير الجارية كلها أم ولد له ولا يغرم من قيمة الولد شيأ لان هناك نصيب الشريك يحتمل النقل فامكن القول بتملك نصيبه ببدل ضرورة صحة الاستيلاد والتملك يستند الى وقت العلوق فتبين ان الولد حدث على ملكه فلا يكون مضمونا عليه وههنا نصيب الشريك لا يحتمل النقل فيقتصر الاستيلاد على نصيب المدعى و ينفرد الولد بالضمان لانفراده بسبب وجوب الضمان فان مات المدعى أولا عتق نصيبه بغير شيء لان نصيبه ام ولد له فلا تسعى في نصيبه ولا يضمن للشريك الساكت شيأ لحصول العتق من غير صنعه وهو الموت و يسعى في نصيب الآخر في قولهم جميعا لان نصيبه مدبر فان مات الآخر قبل ان يأخذ السعاية عتق كلها ان خرجت من ثلث ماله و بطلت السعاية عنها في قياس قول أبي حنيفة وعلى قياس قولهما لا تبطل بناء على ان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ وقد ذكرنا وجه البناء فيما تقدم وان مات الذي لم يدع أولا عتق نصيبه من الثلث لان نصيبه مدبر له ولا يسعى في نصيب الآخر في قول أبي حنيفة لان نصيبه أم ولد له ورق أم الولد ليس بمتقوم عنده وفي قولهما يسعى لان رقه متقوم فان لم يمت واحد منهما حتى ولدت ولدا آخر فادعاه فهو ضامن لنصف العقر لانه أقر بوطء مدبرة مشتركة بينهما وأيهما مات يعتق كل الجارية لان نصيب كل واحد منهما أم ولد وأم الولد اذا أعتق بعضها عتق كلها ولا سعاية عليها وان جاءت بولد وادعياه جميعا معا ثبت نسبه منهما جميعا وصارت الجارية أم ولد لهما جميعا و يبطل التدبير الى خلف هو خير وهو الاستيلاد لان عتق الاستيلاد ينفذ من جميع المال فكان خيرا لها من التدبير وحكم الضمان في القن ما هو الحكم في الجارية القنة وسنذكره في كتاب الاستيلاد ان شاء الله تعالى ولو دبر عبده ثم كاتبه جازت الكتابة لما ذكرنا فان أدى الكتابة قبل موت المولى عتق لوجود شرط العتق بسبب الكتابة وهو أداء بدل الكتابة وان لم يؤد حتى مات المولى عتق أيضا ان كان يخرج كله من ثلث مال المولى لوجود شرط العتق بسبب التدبير وهو موت المولى وخروج المدبر من ثلث ماله ولا سعاية عليه لان عتق المدبر وصية والوصية في الثلث نافذة فاذا خرج كله من الثلث عتق كله من غير سعاية وان لم يكن له مال آخر سواه فله الخيار ان شاء استسعى في جميع الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته فان اختار الكتابة سعى على النجوم وان اختار السعاية في ثلثي قيمته يسعى حالا وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يسعى في الاقل من جميع الكتابة ومن ثلثي القيمة وقال محمد يسعى في الاقل من ثلثي الكتابة ومن ثلثي القيمة والخلاف في هذه المسئلة يقع في فصلين أحدهما في الخيار والثاني في المقدار والخلاف في الخيار بين أبي حنيفة وصاحبيه وفي المقدار بين أبي حنيفة وأبي يوسف و بين محمد أما فصل الخيار فالخلاف فيه مبني على ان العتق يتجزأ عند أبي حنيفة وعندهما لا يتجزأ ووجه البناء على هذا الاصل ان العتق لما كان متجزئا عنده لم يعتق بموت المولى الا ثلث العبد و بقي الثلثان منه رقيقا وقد توجه الى الثلثين العتق من جهتين احداهما الكتابة باداء بدل مؤجل والثانية التدبير بسعاية ثلثي القيمة معجلا فيخير ان شاء مال الى هذا وان شاء مال الى ذاك ولما لم يكن العتق متجزئا عندهما فاذا عتق

ثلثه بالموت فقد عتق كله و بطل التأجيل فى بدل الكتابة فصار المالان جميعا حالا وعليه أخذ المالين اما الكتابة واما السعاية وأحدهما أقل والآخر أكثر فلا فائدة فى التخيير لانه يختار الاقل لامحالة ولان الواجب عليه اذا كان أحد المالين وأحدهما أكثر من الآخر أو أقل كان الاقل متيقنا به فيلزمه ذلك وأما فصل المقدار فوجه قول محمد ان بدل الكتابة كله قوبل بكل الرقبة لان العقد قد انعقد عليه حيث قال كاتبتك على كذا وقد عتق ثلث الرقبة فيسقط عنه ما كان بمقابلته وهو ثلث البدل فيبقى الثلثان ولان ثلث مال المولى لو كان مثل كل قيمة العبد لسقط عنه كل بدل الكتابة فاذا كان مثل ثلث قيمته يجب ان يسقط ثلث بدل الكتابة فيبقى الثلثان فيسعى فى الاقل من ثلثى الكتابة ومن ثلثى القيمة لما قلنا ولهما ان العبد كان استحق ثلث رقبته بالتدبير السابق قبل عقد الكتابة فانه يسلم له ذلك كائنا ما كان فاذا كاتبه بعد ذلك فالبدل لا يقابل القدر المستحق وهو الثلث وانما يقابل الثلثين فاذا قال كاتبتك على كذا فقد جعل المال بمقابلة ما لا يصح المقابلة به وهو الثلث و بمقابلة ما يصح المقابلة به وهو الثلثان فيصرف كل البدل الى ما يصح المقابلة به وهو الثلثان كمن طلق امرأته الحرة تطليقتين ثم طلقها ثلاثا على ألف درهم لزمها كل الالف لما قلنا وكذا اذا جمع بين من يحل نكاحها و بين من لا يحل نكاحها فتزوجهما بالف درهم وجبت الالف كلها بمقابلة نكاح من يحل له نكاحها عند أبى حنيفة واذا كان الامر على ما وصفنا فالثلث وان عتق عند الموت لكن لا بدل بمقابلته وانما البدل كله بمقابلة الثلثين فلم يسقط من البدل شئ بخلاف ما اذا خرج العبد كله من الثلث لان هناك يسلم له جميع رقبته فلزم القول بالبراءة هذا اذا دبر عبده ثم كاتبه فان كاتبه ثم دبره ثم مات المولى فعلى قول أبى حنيفة ان شاء سعى فى ثلثى القيمة وان شاء سعى فى ثلثى الكتابة وعندهما يسعى فى الاقل من ثلثى القيمة ومن ثلثى الكتابة فقد اتفقوا على المقدار ههنا حيث قالوا مقدار بدل الكتابة ثلثان وانما كان كذلك لان هناك كاتبه والعبد لم يكن استحق شيأ من رقبته فكان جميع البدل بمقابلة جميع الرقبة وقد عتق عند الموت بسبب التدبير ثلثه فيسقط ما كان بازائه من البدل فبقى الثلثان بلا خلاف وانما اختلفوا فى الخيار فعند أبى حنيفة يخير بين الثلثين من بدل الكتابة مؤجلا و بين ثلثى القيمة معجلا وعندهما يجب عليه الاقل منهما بناء على تجزى الاعتاق وعدم تجزيه على ما بينا فى الفصل الاول والله علم عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم التدبير فنوعان نوع يرجع الى حياة المدبر ونوع يرجع الى ما بعد موته أما الذى يرجع الى حال حياة المدبر فهو ثبوت حق الحرية للمدبر اذا كان التدبير مطلقا وهذا عندنا وعند الشافعى لا حكم له فى حال حياة المدبر رأسا فلا يثبت حقيقة الحرية ولا حقها بل حكمه ثبوت حقيقة الحرية بعد الموت مقصورا عليه وعلى هذا ينبنى بيع المدبر المطلق انه لا يجوز عندنا وعنده جائز و يجوز بيع المدبر المقيد بالاجماع احتج الشافعى بما روى عن عطاء انه قال دبر رجل عبده فاحتاج فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم وأدنى درجات فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الجواز ولان التدبير تعليق العتق بالشرط وانه لا يمنع جواز البيع كالتعليق بسائر الشروط من دخول الدار وكلام زيد وغير ذلك وكالتدبير المقيد ولان فيه معنى الوصية وذلك لا يمنع جواز البيع كما اذا أوصى بعتق عبده ثم باعه ولنا ما روى عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من ثلث المال وهذا نص فى الباب وعن أبى سعيد الخدرى وجابر بن عبد الله الانصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المدبر ومطلق النهى يحمل على التحريم و روى عن عمر وعثمان و زيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضى الله عنهم مثل مذهبنا وهو قول جماعة من التابعين مثل شريح ومسروق وسعيد بن المسيب والقاسم بن محمد وأبى جعفر محمد بن على ومحمد بن سيرين وعمر بن عبد العزيز والشعبى والحسن البصرى والزهرى وسعيد بن جبير وسالم بن عبد الله وطاوس ومجاهد وقتادة حتى قال أبو حنيفة لولا قول هؤلاء الاجلة لقلت بجواز بيع المدبر لما دل عليه من النظر ولنا الاثبات حق

الحرية ضرورة الاجماع ودلالة غرض المدبر أما ضرورة الاجماع فهي ان الحرية تثبت بعد الموت بالاجماع والحرية لابد لها من سبب ولا سبب ههنا سوى الكلام السابق فلا يخلو اما أن يجعل سببا للحال واما أن يجعل سببا بعد الشرط ولا سبيل الى الثاني لانه ليس من أهل مباشرة السبب فتعين أن يكون سببا عند وجوده فكان الكلام السابق سببا في الحال لثبوت الحرية بعد الموت ولسنا نعني ثبوت حق الحرية للمدبر الا هذا وهذا يمنع جواز البيع لان البيع ابطال السببية اذ لا تثبت الحرية عند الموت بعد البيع وأما دلالة الغرض فهو ان غرض المدبر من التدبير أن تسلم الحرية للمدبر عند الموت اما تقربا الى الله عز وجل بالاعتاق لاعتاق رقبته من النار كما نطق به الحديث واما حقا لخدمته القديمة مع بقاء منافعه على ملكه في حياته لحاجته اليها ولا طريق لتحصيل الغرضين الا بجعل التدبير سببا في الحال لثبوت الحرية بعد الموت اذ لو ثبتت الحرية في الحال لفات غرضه في الانتفاع به ولو لم ينعقد شيأ رأسا لفات غرضه في العتق لجواز أن يبيعه لشدة غضب أو غير ذلك فكان انعقاده سببا في الحال وتأخر الحرية الى ما بعد الموت طريق احراز الغرضين فثبت ذلك بدلالة الحال فيتقيد الكلام به اذ الكلام يتقيد بدلالة الغرض فان قيل هذا مناقض لاصلكم لان التدبير تعليق العتق بالشرط ومن أصلكم ان التعليقات ليست اسبابا بالحال وانما تصير أسبابا عند وجود شروطها وعلى هذا بنيتم تعليق الطلاق والعتاق بالملك وسببه وههنا جعلتم التدبير سببا لثبوت الحرية للحال وهذا مناقضة في الاصل والتناقض في الاصل دليل فساد الفرع فالجواب ان هذا أصلنا فيما يمكن اعتباره سببا عند وجود الشرط وفيما لم يرد المتكلم جعله سببا في الحال و في التعليق بسائر الشروط وأمكن اعتباره سببا عند وجود الشرط وههنا لا يمكن لما بينا وكذا في التعليق بسائر الشروط أراد المتكلم كونه سببا عند الشرط وههنا اراد كونه سببا في الحال لما قلنا فتعين سببا للحال لثبوت الحرية في الثاني وأما حديث عطاء فيحتمل ان ذلك كان تدبيرا مقيدا وقوله باع حكاية فعل فلا عموم له ويحتمل أن يكون معنى قوله باع أي آجر اذ الاجارة تسمى بيعا بلغة أهل المدينة وهكذا روى محمد باسناده ان النبي صلى الله عليه وسلم باع خدمة مدبر ولم يبع رقبته ويحتمل أنه كان ذلك في ابتداء الاسلام حين كان بيع الحر مشروعا على ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع رجلا بدينه يقال له سرق ثم صار منسوخا بنسخ بيع الحر لثبوت حق الحرية في المدبر الحاقا للحق بالحقيقة في باب الحرمات وأما المدبر المقيد فهناك لا يمكن أن يجعل الكلام سببا للحال لان الامر متردد بين ان يموت من ذلك المرض و في ذلك السفر أو لا يموت فكان الشرط يحتمل الوجود والعدم فلم يكن التعليق سببا للحال كالتعليق بسائر الشروط وكذا لما علق العتق بأمر يحتمل الوجود والعدم دل انه ليس غرضه من هذا الكلام التقرب الى الله عز وجل باعتاق هذا العبد ولا قضاء حق الخدمة القديمة اذ لو كان ذلك غرضه لعلقه بشرط كائن لا محالة وأما قوله ان في التدبير معنى الوصية فنعم لكن هذه وصية لازمة لثبوتها في ضمن أمر لازم وهو اليمين فلا يحتمل الفسخ ولهذا لا يحتمل الرجوع بخلاف الوصية بالاعتاق فان قيل هذا يشكل بالتدبير المقيد فانه يتضمن معنى الوصية اللازمة ومع هذا يجوز بيعه قيل معنى الوصية للحال متردد لتردد موته على تلك الصفة فلا يصير العبد موصى له قبل الموت بتلك الصفة وههنا بخلافه واذا ثبت حق الحرية للمدبر المطلق في الحال فكل تصرف فيه نبطل هذا الحق لا يجوز وما لا يبطله يجوز وعلى هذا تخريج المسائل لا يجوز بيعه وهبته والتصدق به والوصاية به لانه تصرف تمليك الرقبة فيبطل حق الحرية ولا يجوز رهنه لان الرهن والارتهان من باب ايفاء الدين واستيفائه عندنا فكان من باب تمليك العين وتملكها و يجوز اجارته لانها لا تبطل هذا الحق لانها تصرف في المنفعة بالتمليك لا في العين والمنافع على ملك المدبر وقد روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه باع خدمة المدبر ولم يبع رقبته و بيع خدمة المدبر بيع منفعته وهو معنى الاجارة ويجوز الاستخدام وكذا الوطء والاستمتاع في الامة لانها استيفاء المنافع ويجوز تزويجها لان التزويج تمليك المنافع وعن عبد الله بن عمر أنه كان يطأ مدبرته ولان الاستيلاد آكد من التدبير لانه يوجب الحرية من جميع المال والتدبير من الثلث

ثم الاستيلاد لا يمنع من الاجارة والاستخدام ولا يمنع من الاستمتاع والوطء والتزويج فى الامة فالتدبير أولى والاجرة والمهر والعقر والكسب والغلة للمولى لانها بدل المنافع والمنافع ملكه والارش له لانه بدل جزء فات على ملكه ولا يتعلق الدين برقبته لان رقبته لا تحتمل البيع لما بينا ويتعلق بكسبه ويسعى فى ديونه بالغة ما بلغت وجنايته على المولى وهو الاقل من قيمته ومن أرش الجناية ولا يضمن المولى أكثر من قيمة واحدة وان كثرت الجنايات لما نذكر فى كتاب الجنايات ان شاء الله تعالى ويجوز اعتاقه لانه ايصاله الى حقيقة الحرية معجلا ولان المنع من البيع ونحوه لما فيه من منعه من وصوله الى هذا المقصود فمن المحال أن يمنع من ايصاله اليه ولهذا جاز اعتاق أم الولد كذا المدبر ويجوز مكاتبته لانه يريد تعجيل الحرية اليه والمولى يملك ذلك كما يملك مكاتبة أم الولد وولد المدبرة من غير سيدها بمنزلتها لاجماع الصحابة رضى الله عنهم على ذلك فانه روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال ولد المدبرة بمنزلتها يعتق بعتقها ويرق برقها وروى ان عثمان رضى الله عنه خوصم اليه فى أولاد مدبرة فقضى ان ما ولدته قبل التدبير عبد وما ولدته بعد التدبير مدبر وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم فيكون اجماعا وهو قول شريح ومسروق وعطاء وطاوس ومجاهد وسعيد بن جبير والحسن وقتادة رضى الله عنهم ولا يعرف فى السلف خلاف ذلك وانما قال به بعض أصحاب الشافعى فلا يعتد بقوله لمخالفته الاجماع ولان حق الحرية يسرى الى الولد كولد أم الولد وما ولدته قبل التدبير فهو من أقضية عثمان رضى الله عنه بحضرة الصحابة رضى الله عنهم ولان حق الحرية لم يكن ثابتا فى الام وقت الولادة حتى يسرى الى الولد ولو اختلف المولى والمدبرة فى ولدها فقال المولى ولدتيه قبل التدبير فهو رقيق وقالت هى ولدته بعد التدبير فهو مدبر فالقول قول المولى مع يمينه على علمه والبينة بينة المدبرة لان المدبرة تدعى سراية التدبير الى الولد والمولى ينكر فكان القول قوله مع اليمين ويحلف على علمه لان الولادة ليست فعله والبينة بينة المدبرة لان فيها اثبات التدبير ولو كان مكان التدبير عتق فقال المولى للمعتقة ولدتيه قبل العتق وهو رقيق وقالت بل ولدته بعد العتق وهو حر يحكم فيه الحال ان كان الولد فى يدها فالقول قولها وان كان فى يد المولى فالقول قوله لانه اذا كان فى يدها كان الظاهر شاهدا لها واذا كان فى يده كان الظاهر شاهدا له بخلاف المدبرة لانها فى يد المولى فكذا ولدها فكان الظاهر شاهدا له على كل حال وكان القول قوله ولو قال لامة لا يملكها ان ملكتك فأنت مدبرة وان اشتريتك فأنت مدبرة فولدت ولدا ثم اشتراهما جميعا فالام مدبرة والولد رقيق لان الام انما صارت مدبرة بالشرط ولم يوجد الشرط فى حق الولد وانه منفصل فلا يسرى اليه تدبير الام والله عز وجل أعلم وأما الذى يرجع الى ما بعد موت المدبر فمنها عتق المدبر لان عتقه كان معلقا بموت المولى والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط ويستوى فيه المدبر المطلق والمقيد لان عتق كل واحد منهما معلق بالشرط الا أن الشرط فى المقيد الموت الموصوف بصفة فاذا وجد ذلك فقد وجد الشرط فينزل المعلق وسواء كان الموت حقيقة أو حكما بالردة بأن ارتد المولى عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب لان الردة مع اللحاق بدار الحرب تجرى مجرى الموت فى زوال الاملاك وكذا المستأمن اذا اشترى عبدا فى دار الاسلام فدبره ولحق بدار الحرب فاسترق الحربى عتق مدبره لان الاسترقاق أوجب زوال ملكه عن أمواله حكما فكان بمنزلة الموت وكذا ولد المدبرة الذى ليس من مولاها لانه تبعها فى حق الحرية فكذا فى حقيقة الحرية ويستوى فيه المطلق والمقيد لان معنى التبعية لا يوجب الفصل ومنها ان عتقه يحسب من ثلث مال المولى وهذا قول عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وهو قول سعيد بن جبير وشريح والحسن وابن سيرين رضى الله عنهم وروى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ان عتقه من جميع المال وهو قول ابراهيم النخعى وحماد وجعلوه كام الولد ولنا ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث ولان التدبير وصية والوصية تعتبر من ثلث المال كسائر الوصايا وسواء كان التدبير فى المرض أو فى الصحة لانه وصية فى الحالين وسواء كان التدبير مطلقا أو مقيدا لعموم الحديث الا أنه خص منه

المقيد فى حق البيع والهبة فيعمل بعمومه فى حق الاعتبار من الثلث ولان معنى الوصية توجد فى النوعين وانه يقتضى اعتباره من الثلث و يعتبر ثلث المال يوم موت المولى لان فى الوصايا هكذا يعتبر واذا كان اعتبار عتقه من ثلث المال فان كان كله يخرج من ثلث مال المولى بأن كان له مال آخر سواه يعتق كله ولا سعاية عليه وان لم يكن له مال آخر غيره عتق ثلثه ويسعى فى الثلثين للورثة هذا اذا لم يكن على المولى دين فان كان عليه دين يسعى فى جميع قيمته فى قضاء ديون المولى لان الدين مقدم على الوصية ومنها ان ولاء المدبر للمدبر لانه المعتق وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ولا ينتقل هذا الولاء عن المدبر وان عتق المدبر من جهة غيره كمدبرة بين اثنين جاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وعتق عليه وغرم نصيب شريكه من الولد والولاء بينهما لان حق الحرية ثابت فى الحال عندنا وأنه يثبت حق الولاء وهو لا يحتمل الفسخ وكذا المدبر بين شريكين أعتقه أحدهما وهو موسر فضمن عتق بالضمان ولم يتغير الولاء عن الشركة فى قول أبى حنيفة لما ذكرنا فيما تقدم وعلى قول أبى يوسف ومحمد اذا أعتق أحدهما نصيبه عتق جميعه والولاء بينهما

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يظهر به التدبير فالتدبير يظهر بما يظهر به الاعتاق البات وهو الاقرار والبينة لانه اثبات حق الحرية فى الحال فيعتبر الحق بالحقيقة وهو اثبات حقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر بالاثبات بالحال وذا يظهر بأحد هذين فكذا هذا اذا عرف هذا فنقول اذا ادعى المملوك التدبير وأنكر المولى فأقام البينة قبلت بينته بلا خلاف فان لم يدع وأنكر التدبير مع المولى لا يقبل البينة على التدبير من غير دعوى العبد فى قول أبى حنيفة وعندهما يقبل والحجج على نحو ما ذكرنا فى الاعتاق البات الا أن الشهادة على عتق الامة تقبل من غير دعواه بالاجماع والشهادة على تدبير الامة على الاختلاف لان تدبير الامة لا يوجب تحريم الفرج فلم تكن الشهادة قائمة على حق الله تعالى ولو شهدا أنه دبر أحد عبديه بغير عينه فى الصحة فالشهادة باطلة فى قول أبى حنيفة لان المدعى مجهول وعندهما يقبل ولو شهدا ان ذلك كان فى المرض يقبل عنده استحسانا والقياس أن لا يقبل وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فى كتاب العتاق ولو شهدا أنه قال هذا حر وهذا مدبر بعد موتى فقد صار مدبرا لم تجز شهادتهما فى قول أبى حنيفة لجهالة المدعى ولو شهدا أنه قال هذا حر بعد موتى لا بل هذا كانا جميعا مدبرين و يعتقان بعد موته من ثلثه لانه لما قال هذا حر بعد موتى فقد صار مدبرا فلما قال لا بل هذا فقد رجع عن الاول وتدارك بالثانى و رجوعه لا يصح وتداركه صحيح كما اذا قال لاحدى امرأتيه هذه طالق لا بل هذه ولو شهدا أنه قال هذا حر البتة لا بل هذا مدبر جازت الشهادة لهما لانه أعتق الاول ثم رجع وتدارك بالثانى فالرجوع لا يصح و يصح التدارك فصار الاول حرا والثانى مدبرا ولو شهد أحدهما أنه دبره وشهد الآخر أنه أعتقه البتة فالشهادة باطلة لان كل واحد منهما شهد بغير ما شهد به الآخر لفظا ومعنى أما اللفظ فلا شك فيه وأما المعنى فلان الاعتاق البات اثبات العتق بعد موت المولى وهما متغايران وليس على كل واحد منهما الا شاهد واحد وكذلك لو شهدا بالتدبير واختلفا فى شرطه لانهما شهدا على شيئين مختلفين كما فى الاعتاق البات والله عز وجل أعلم وهو الموفق

﴿ كتاب الاستيلاد ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى تفسير الاستيلاد لغة وعرفا وفى بيان شرطه وفى بيان صفته وفى بيان حكمه وفى بيان ما يظهر به أما تفسيره لغة فالاستيلاد فى اللغة هو طلب الولد كالاستيهاب والاستئناس انه طلب الهبة والانس وفى العرف هو تصيير الجارية أم ولد يقال فلان استولد جاريته ان صيرها أم ولده وعلى هذا قلنا انه يستوى فى صيرورة الجارية أم ولد الولد الحى والميت لان الميت ولد بدليل انه يتعلق به أحكام الولادة حتى تنقضى به العدة وتصير المرأة به نفساء وكذا لو أسقطت سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه وأقر به فهو بمنزلة الولد الحى الكامل

الخلق فى تصيير الجارية أم ولد لان أحكام الولادة تتعلق بمثل هذا السقط وهو ماذكرنا وان لم يكن استبان شئ من خلقه فألقت مضغة أو علقة أو نطفة فادعاه المولى فانها لا تصير أم ولد كذا روى الحسن عن أبى حنيفة لانه ما لم يستبن خلقه لا يسمى ولدا وصيرورة الجارية أم ولد بدون الولد محال ولانه يحتمل أن يكون ولدا ويحتمل أن يكون دما جامدا أو لحما فلا يثبت به الاستيلاد مع الشك وهذا الذى ذكرنا قول أصحابنا وللشافعى فيه قولان فى قول قال يصب عليه الماء الحار فان ذاب فهو دم وان لم يذب فهو ولد وفى قول قال يرجع فيه الى قول النساء والقولان فاسدان لما ذكرنا فى كتاب الطلاق ولو أقر المولى فقال لجاريته حمل هذه الجارية منى صارت أم ولد له لان الاقرار بالحمل اقرار بالولد اذ الحمل عبارة عن الولد وروى عن أبى يوسف أنه قال اذا قال حمل هذه الجارية منى أو قال هى حبلى منى أو قال ما فى بطنها من ولد فهو منى ثم قال بعد ذلك لم تكن حاملا وانما كان ريحا وصدقته الامة فانهما لا يصدقان وهى أم ولد لانه أقر بحملها والحمل عبارة عن الولد وذلك يثبت لها حرية الاستيلاد فاذا رجع لم يصح رجوعه ولا يلتفت الى تصديقها لان فى الحرية حق الله تعالى فلا يحتمل السقوط باسقاط العبد ولو قال ما فى بطنها منى ولم يقل من حمل أو ولد ثم قال بعد ذلك كان ريحا وصدقته لم تصر أم ولد لان قوله ما فى بطنها يحتمل الولد والريح فقد تصادقا على اللفظ المحتمل فلم يثبت الاستيلاد ولو قال المولى ان كانت هذه الجارية حبلى فهو منى فأسقطت سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه صارت أم ولد لما بينا فان ولدت ولدا لاقل من ستة أشهر صارت أم ولد له ولان الطريق الى ثبوت نسب الحمل منه هذا لان معنى قوله ان كانت حبلى فهو منى أى انى وطئتها فان حبلت من وطء فهو منى فاذا أتت بعد هذه المقالة بولد لاقل من ستة أشهر تيقنا انها كانت حاملا حينئذ فثبت النسب والاستيلاد فان أنكر المولى الولادة فشهدت عليها امرأة لزمه النسب لان الزوج اذا كان أقر بالحمل تقبل شهادة امرأة على الولادة على ما ذكرنا فى كتاب الطلاق فان جاءت لستة أشهر فصاعدا لم يلزمه ولم تصر الجارية أم ولد لانا نعلم وجود هذا الحمل فى ذلك الوقت لجواز انها حملت بعد ذلك فلا يثبت النسب والاستيلاد بالشك

﴿ فصل ﴾ وأما سبب الاستيلاد وهو صيرورة الجارية أم ولد له فقد اختلف فيه قال أصحابنا سببه هو ثبوت نسب الولد وقال الشافعى سببه علوق الولد حرا على الاطلاق بعد اتفاقهم على أن حكم الاستيلاد فى الحال هو ثبوت حق الحرية وثبوت حقيقة الحرية بعد موت المولى والاصل فيه قول النبى صلى الله عليه وسلم فى جاريته مارية القبطية لما ولدت ابراهيم ابن النبى عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها والمراد منه التسبيب أى ولدها سبب عتقها غير أنهم اختلفوا فى جهة التسبيب فقال أصحابنا هى ثبوت نسب الولد وقال الشافعى هى علوق الولد حرا مطلقا (وجه) قوله ان الولد حر بلا شك وانه جزء الام وحرية الجزء تقتضى حرية الكل اذ لا يحتمل أن يكون الكل رقيقا والجزء حرا كان ينبغى أن تعتق الام للحال الا أنه انما لا تعتق لان الولد انفصل منها وحريته على اعتبار الانفصال لا توجب حرية الام كما لو أعتق الجنين فقلنا بثبوت حق الحرية فى الحال وتأخر الحقيقة الى بعد الموت عملا بالشبهين ولنا ان الوطء المعلق أوجب الجزئية بين المولى والجارية بواسطة الولد لاختلاط الماءين وصيرورتهما شيأ واحدا وانخلاق الولد منه فكان الولد جزأ لهما وبعد الانفصال عنها ان لم يبق جزأ لها على الحقيقة فقد بقى حكما لثبوت النسب ولهذا تنسب كل الام اليه بواسطة الولد يقال أم ولده فلو بقيت حقيقة الحرية لثبتت حقيقة الحرية للحال فاذا بقيت حكما ثبت الحق على ما عليه وضع مأخذ الحجج فى ترتيب الاحكام على قدر قوتها وضعفها والى هذا المعنى أشار عمر رضى الله عنه فقال أبعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن تريدون بيعهن ثم اختلف أصحابنا فى كيفية هذا السبب فقال علماؤنا الثلاثة السبب هو ثبوت النسب شرعا وقال زفر هو ثبوت النسب مطلقا سواء ثبت شرعا أو حقيقة وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا تزوج جارية انسان فاستولدها ثم ملكها صارت أم ولد له عند أصحابنا لان سبب الاستيلاد هو ثبوت النسب وقد ثبت فتحقق السبب الا أنه توقف الحكم على وجود الملك فتعذر اثبات حكمه

وهو

وهو حق الحرية فى حيز الملك كما يتعذر اثبات الحقيقة فى غيره فتأخر الحكم الى وقت الملك وعند الشافعى لا تصير أم ولد له وهو قول ابراهيم النخعى لان السبب عنده علوق الولد حرا على الاطلاق ولم يوجد لان الولد رقيق فى حق مولاه واذا ملك ولده الذى استولده عتق عليه بالاجماع أما عندنا فلانه ملك ذا رحم محرم منه فيعتق وأما عنده فلانه ملك ولدا ثابت النسب منه شرعا وكذلك اذا ثبت النسب من غير مالك الجارية بوطء بشبهة ثم ملكها فقد صارت أم ولد له حين ملكها عندنا لوجود السبب وعنده لا لانعدام السبب ولو ملك الولد عتق لما قلنا ولو زنى بجارية فاستولدها بأن قال زنيت بها أو فجرت بها أو قال هو ابنى من زنا أو فجور وصدقته وصدقه مولاها فولدت ثم ملكها لم تصر أم ولد له عند أصحابنا الثلاثة وهو استحسان والقياس أن تصير أم ولد له وهو قول زفر بناء على أن السبب عنده ثبوت النسب مطلقا وقد ثبت النسب حقيقة بدليل انه لو تملك الولد عتق عليه بلا خلاف بين أصحابنا والسبب عند أصحابنا الثلاثة هو ثبوت نسب الولد شرعا ولم يثبت

﴿ فصل ﴾ وأما شرطه فما هو شرط ثبوت النسب شرعا وهو الفراش ولا فراش الا بملك اليمين أو شبهة أو تأويل الملك أو ملك النكاح أو شبهته ولا تصير الامة فراشا فى ملك اليمين بنفس الوطء بل بالوطء مع قرينة الدعوى عندنا وهى من مسائل كتاب الدعوى فلا يثبت الاستيلاد بدون الدعوة ويستوى فى الاستيلاد ملك القنة والمدبرة لاستوائهما فى اثبات النسب الا أن المدبرة اذا صارت أم ولد بطل التدبير لان أمية الولد أنفع لها ألا ترى ان أم الولد لا تسعى لغريم ولا لوارث والمدبرة تسعى ويستوى فى ثبات النسب ملك كل الجارية وبعضها وكذا فى الاستيلاد حتى لو أن جارية بين اثنين جاءت فى ملكهما فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه وصارت الجارية كلها أم ولد له بالضمان وهو نصف قيمة الجارية ويستوى فى هذا الضمان اليسار والاعسار ويغرم نصف العقر لشريكه ولا يضمن من قيمة الولد شيأ أما ثبوت النسب فلحصول الوطء فى محل له فيه ملك لان ذلك القدر من الملك أوجب ثبوت النسب بقدره والنسب لا يتجزأ واذا ثبت فى بعضه ثبت فى كله ضرورة عدم التجزى ولان النسب ثبت بشبهة الملك فلان يثبت بحقيقة الملك أولى وأما صيرورة الجارية كلها أم ولد له فالنصف قضية للسبب لان نصف الجارية مملوك له والنصف الآخر اما باعتبار ان الاستيلاد لا يتجزأ فيما يمكن نقل الملك فيه فاذا ثبت فى البعض يثبت فى الكل لضرورة عدم التجزى واما باعتبار انه وجد سبب التكامل وهو النسب على كونه متجزئا فى نفسه لان سبب الاستيلاد هو ثبوت النسب والنسب لا يتجزأ والحكم على وفق العلة فثبت الاستيلاد فى نصيبه قضية للسبب ثم يتكامل فى الباقى بسبب النسب واما باعتبار سبب آخر أوجب التكامل على ما عرف فى الخلافيات ثم لا سبيل الى التكامل بدون ملك نصيب شريكه فيصير متملكا نصيب شريكه ضرورة صحة الاستيلاد فى ذلك النصيب ولا سبيل الى تملك مال الغير من غير بدل فيتملكه بالبدل وهو نصف قيمتها وانما استوى فى هذا الضمان حالة اليسار والاعسار لانه ضمان ملك كضمان المبيع وأما وجوب نصف العقر فلوجود الاقرار منه بوطء ملك الغير وانه حرام الا أن الحد لم يجب لمكان شبهة لحصول الوطء فى ملكه وملك شريكه فلا بد من وجوب العقر ولا يدخل العقر فى ضمان القيمة لان ضمان نصف القيمة ضمان الجزء وضمان البضع ضمان الجزء ولان منافع البضع لها حكم الاجزاء وضمان الجزء لا يدخل فى مثله وأما عدم وجوب نصف قيمة الولد فلانه يملك نصيب شريكه بالعلوق السابق فصار الولد جاريا على ملكه فلا يكون مضمونا عليه ولان الولد فى حال العلوق لا قيمة له فلا يقابل بالضمان ولانه كان بمنزلة الاوصاف فلا يفرد بالضمان ويستوى فى ثبوت النسب وصيرورة الجارية أم ولد ملك الذات وملك اليد كالمكاتب اذا استولد جارية من اكسابه على ما نذكر فى كتاب الدعوى ان شاء الله تعالى ويستوى فى دعوة النسب حالة الصحة والمرض لان النسب من الحوائج الاصلية وكذلك اذا ادعاه أحدهما وأعتقه الآخر وخرج القول منهما معا فعتقه باطل ودعوة صاحبه أولى لان الدعوة استندت الى حالة متقدمة وهى

العلوق والعتق وقع فى الحال فصارت الدعوة أسبق من الاعتاق فكانت أولى وان ادعياه جميعاً فهوابنهما والجارية أم ولدلهما تخدم لهذا يوما ولذاك يوما ولا يضمن واحد منهما من قيمة الام لصاحبه شيأ ويضمن كل واحد منهما نصف العقر فيكون قصاصا أماثبوت النسب منهما فمذهبنا وعند الشافعى يثبت من أحدهما ويتعين بقول القافة وهى من مسائل كتاب الدعوى وأماصيرورة نصيب كل واحد منهما من الجارية أم ولدفلثبوت نسب ولدهامنه فصاركأنه انفرد بالدعوة وانما لايضمن أحدهما للآخر شيأمن قيمة الام لان نصيب كل واحد منهما لم ينتقل الى شريكه وانماضمن كل واحد منهما لصاحبه نصف العقر لوجود سبب وجوب الضمان وهو الاقرار بالوطء فى ملك الغير فيصير أحدهما قصاصا للآخر لعدم الفائدة فى الاستيفاء وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعا معا يثبت نسبه منهم وتصير الجارية أم ولدلهم فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف لايثبت النسب من أكثر من اثنين وعند محمد من أكثر من ثلاثة ونذكر الحجج فى كتاب الدعوى ان شاء الله تعالى وان كانت الانصباء مختلفة بأن كان لاحدهم السدس وللآخر الربع وللآخر الثلث وللآخر ما بقى يثبت نسبه منهم ويصير نصيب كل كل واحد منهم من الجارية أم ولدله لايتعدى الى نصيب صاحبه حتى تكون الخدمة والكسب والغلة بينهم على قدر أنصبائهم لان كل واحد منهم ثبت الاستيلاد منه فى نصيبه فلا يجوز أن يثبت فيه استيلاد غيره ولو كانت الامة بين الاب والابن فجاءت بولد فادعياه جميعا معاً أو كانت بين حر وعبد فادعياه أو بين حر ومكاتب أو بين مكاتب وعبد أو بين مسلم وذمى أو بين كتابى ومجوسى أو بين عبد مسلم أو مكاتب مسلم وبين حر كافر أو بين ذمى ومرتد فحكمه يذكر فى كتاب الدعوى هذا اذا كان العلوق فى ملك المدعيين فان لم يكن بأن اشترياها وهى حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما أو كلاهما فهو من مسائل الدعوى نذكره هناك ان شاء الله تعالى وكذا اذا ولدت الجارية المشتركة بين اثنين ولدين فادعى كل واحد منهما ولداوالولدان فى بطن أو بطنين والدعوتان خرجتا معاً أو على التعاقب وكذا اذا ولدت جارية لانسان ثلاثة أولاد فادعى أحدهم وهم ولدوا فى بطن واحدا وفى بطون مختلفة وادعى المولى أحدهم بعينه أو بغير عينه فحكم هذه الجملة فى كتاب الدعوى وكذا دعوة الاب نسب ولد جارية ابنه مع فروعها ودعوة اللقيط مع فصولها تذكر ثمة ان شاء الله تعالى أمة بين رجلين أقر أحدهما انها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك صاحبه قال أبو حنيفة يبطل حق الشاهد فى رقبتها موسرا كان المشهود عليه أو معسرا وتخدم المشهود عليه يوما ويرفع عنها يوما فان مات المشهود عليه سعت لورثته وكانت فى حال السعاية كالمكاتبة فان أدت عتقت وكان نصف ولائها للمشهود عليه والنصف ليبت المال وهو قول أبى يوسف الآخر وقال محمد يسعى الساعة فى نصف قيمتها للمشهود عليه فاذا أدت فهى حرة لاسبيل لاحد عليها وجه قوله ان المقر قد أفسد على شريكه ملكه باقراره لانه لمالم يصدقه الشريك انقلب اقراره على نفسه فمن اشترى عبدا ثم أقر ان البائع كان قد أعتقه وانكر البائع انه ينقلب اقراره عليه ويجعل معتقا كذا ههنا واذا انقلب اقراره على نفسه صار مقرا بالاستيلاد فى نصيبه ومتى ثبت فى نصيبه ثبت فى نصيب صاحبه لانه لم يتجزأ فقد أفسد نصيب صاحبه لكن لاسبيل الى تضمينه لان شريكه قد كذبه فى اقراره فكان لشريكه السعاية كما لو أعتق المقر نصيبه وهو معسر واذا سعت فى نصيبه وعتق نصيبه يعتق الكل لعدم تجزى العتق عنده ولهما ان المقر بهذا الاقرار يدعى الضمان على المنكر بسبب تملك الجارية لان الاستيلاد لايتجزأ فيما يحتمل النقل والملك ويجب الضمان فيه على الشريك فى حالة اليسار والاعسار ودعوى الضمان توجب براءة الامة عن السعاية فبطل حقه فى رقبتها وبقى حق المنكر فى نصيبه كما كان ولان المقر لايخلو اما ان كان صادقا فى الاقرار واما ان كان فيه كاذبا فان كان صادقا كانت الجارية كلها أم ولد لصاحبه فيسلم له كمال الاستخدام وان كان كاذبا كانت الجارية بينهما على ما كانت قبل الاقرار فنصف الخدمة ثابتة للمنكر بيقين واعتبار هذا المعنى يوجب ان لاسعاية عليها أيضاً فاما المقر فقد أسقط حق نفسه عن الخدمة لزعمه ان كل الخدمة لشريكه الا ان شريكه لما رد عليه بطلت خدمة اليوم وبيع

هذه الجارية متعذر لان الشاهد أقر انها أم ولد وحين ما أقر كان له ملك فيها فى الظاهر فينفذ اقراره فى حقه واذا مات المشهود عليه فانها تسعى فى نصف قيمتها لو رثته لان فى زعم الشاهد انها عتقت بموت صاحبه لزعمه انها أم ولد صاحبه والامة المشتركة بين اثنين اذا أقر أحدهما على شريكه بالعتق كان له عليها السعاية وان كذبه صاحبه فى الاقرار كذلك ههنا ونصف الولاء للمشهود عليه لانها عتقت على ملكه ووقف النصف الآخر لان المقر أقر انه للمشهود عليه والمشهود عليه رد عليه اقراره فلا يعرف لهذا النصف مستحق معلوم فيكون لبيت المال فان جاءت بولد فقال أحدهما هو ابن الشريك وأنكر الشريك فالجواب فى الام كذلك وأما الولد فيعتق ويسعى فى نصف قيمته للمشهود عليه لان الشريك المقر أقر بحرية الولد من جهة شريكه وأحد الشريكين اذا شهد على الآخر بالعتق وأنكر الآخر يسعى العبد للمشهود عليه وفى مسئلتنا لا يسعى للشاهد لانه أقر انه حر الاصل وانه لا سعاية عليه ونظير هذه المسئلة ما روى بشر عن أبى يوسف فى جارية بين شريكين ادعى أحدهما ان شريكه دبرها وأنكر الشريك فان أبا حنيفة قال الشاهد بالخيار ان شاء دبر نخدمته يوما والآخر يوما وان شاء أمسك ولم يدبر نخدمته يوما والآخر يوما وان شاء استسعاها فى نصف قيمتها فسعت له يوما وخدمت الآخر يوما فاذا ادت فعتقت سعت للآخر وكان قول أبى يوسف فى ذلك انها كأم الولد ثم رجع وقال توقف كما قال أبو حنيفة الا فى تبعيض التدبير وقال محمد تسعى الساعة ووجه قول محمد على نحو ما ذكرنا فى الاستيلاد وهو ان الشريك لما لم يصدقه فى اقراره انقلب عليه اقراره وثبت التدبير فى نصيبه وانه يتعدى الى نصيب المنكر لعدم تجزى التدبير عنده فقد أفسد نصيب المنكر وتعذر ايجاب الضمان عليه المنكر لتكذيبه اياه فتسعى الجارية له كما لو أنشأ التدبير فى نصيبه ومن أصل أبى حنيفة ان التدبير يتجزأ فلا يصير نصيبه باقراره بالتدبير على صاحبه مدبرا كما لو دبر أحد الشريكين نصيبه انه يبقى نصيب الآخر على حاله وله التدبير والاستسعاء والترك على حاله الا ان ههنا لو اختار السعاية فانما يستسعاها يوما ويتركها يوما لانه لا يملك جميع منافعها فلا يملك ان يستسعى الا على مقدار حقه فاذا أدت عتق نصيبه ويسعى للمنكر فى نصيبه لانه فسد نصيبه وتعذر تضمين المقر فكان له ان يستسعى وأبو يوسف وافق أبا حنيفة الا انه يقول ان التدبير يتجزأ فهو بدعوى التدبير على شريكه يدعى الضمان عليه موسرا كان أو معسرا فكان مبرئا للامة عن السعاية فلم يبق له حق الاستسعاء ولا حق الاستخدام فيوقف نصيبه والله عز وجل أعلم وروى ابن سماعة عن أبى يوسف انه اذا شهد كل واحد منهما بالتدبير على صاحبه أو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالاستيلاد فلا سبيل لواحد منهما على صاحبه ولا على الامة موسرين كانا أو معسرين لان كل واحد منهما يدعى حق الحرية من جهته والابراء للامة من السعاية ويدعى الضمان على شريكه وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف فأما محمد فوافق أبا حنيفة فى هذا الفصل لان كل واحد من الشريكين ههنا أبرأ الامة من السعاية وادعى الضمان على شريكه وروى المعلى عن أبى يوسف فى عبد بين شريكين قال أحدهما للآخر هذا ابنى وابنك أو ابنك وابنى فقال الآخر صدقت فهو ابن المقر خاصة دون المصدق وكذلك قال محمد فى الزيادات فى صبى لا يعقل فى يد رجلين قال أحدهما للآخر هو ابنى وابنك وصدقه صاحبه وانما كان كذلك لانه لما قال هو ابنى فكما قال ذلك ثبت نسبه منه لوجود الاقرار منه بالنسب فى ملكه فلا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك قال محمد لو قال هذا ابنك وسكت فلم يصدقه صاحبه حتى قال هو ابنى معك فهو موقوف فان قال صاحبه هو ابنى دونك فهو كما قال لانه أقر له بالنسب ابتداء وسكت فقد استقر اقراره ووقف على التصديق فقوله بعد ذلك هو ابنى يتضمن ابطال الاقرار فلا يسمع فاذا وجد التصديق من المقر له ثبت النسب منه قال فان قال المقر له ليس بابنى ولكنه ابنك أو قال ليس بابنى ولا ابنك أو قال ليس بابنى وسكت فليس بابن لواحد منهما فى قياس قول أبى حنيفة وقال محمد ان صدقه فهو ابن المقر له وان كذبه فهو ابن المقر فهذا فرع اختلافهم فيمن أقر بعبد انه ابن فلان وكذبه المقر له وادعاه المولى انه لم تصح دعوته فى قول أبى حنيفة وفى قولهما تصح وجه قولهما انه لما كذبه المقر له فقد بطل اقراره كما فى الاقرار بالمال

واذا بطل اقراره التحق بالعدم فجاز ان يدعيه لنفسه ولابى حنيفة انه لما أقر بالنسب لغيره فقد زعم انه ثابت النسب منه فتكذيبه ينفى ثبوت النسب منه فى حقه لا فى حق الشريك بل بقى ثابت النسب منه فى حقه فاذا ادعى ولدا هو ثابت النسب من الغير فى حقه فلا تسمع دعواه ولو قال هو ابنى وابنك فهو من الثانى لانه لما قال هو ابنى فقد صدقه فقد ثبت نسبه منه فاقراره بعد ذلك بقوله وابنك لم يصح قال محمد فان كان هذا الغلام يعقل فالمرجع الى تصديقه لانه اذا كان عاقلا كان فى يد نفسه فلا تقبل دعوى النسب عليه من غير تصديقه قال وان كان الولد من أمة ولدته فى ملكهما فالجواب كالاول فى النسب ان على قول أبى حنيفة لا يثبت من المقر بعد اعترافه لشريكه وعلى قولهم يثبت قال والامة أم ولد لمن ثبت النسب منه لان الاستيلاد يتبع النسب ومن هذا النوع ما اذا اشترى رجلان جارية فجاءت بولد فى ملكهما لستة أشهر فصاعدا وادعى أحدهما ان الولد ابنه وادعى الآخر ان الجارية بنته وخرجت الدعوتان معا فالدعوة دعوة من يدعى الولد ودعوة مدعى الام باطلة لان مدعى الولد دعوته دعوة الاستيلاد والاستيلاد يستند الى وقت العلوق ومدعى الام دعوة تحرير والتحرير يثبت فى الحال ولا يستند فكانت دعوة مدعى الولد سابقة فثبت نسب الولد منه ويصير نصيبه من الجارية أم ولد له وينتقل نصيب شريكه منها اليه فكان دعوى الشريك دعوى فيما لا يملك فلا يسمع وهل يضمن مدعى الولد بنصف قيمة الام ونصف عقرها قال محمد يضمن وذكر فى الجامع الكبير ان هذا قياس قول أبى حنيفة وهى رواية بشر بن الوليد عن أبى يوسف وروى ابن سماعة عن أبى يوسف انه لا شىء على مدعى الولد من قيمة الام ولا من العقر ولا شىء له أيضا على مدعى الام فان أكذب مدعى الام نفسه فله نصف قيمة الام ونصف عقرها على مدعى الولد وذكر الكرخى ان هذا القول أقيس ووجهه ان مدعى الام اقر انها حرة الاصل فكان منكرا ضمان القيمة فلا يثبت له حق التضمين فان رجع عن دعواه وأكذب نفسه ثبت له حق الضمان الذى اعترف به له شريكه وجه قول أبى حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبى يوسف انه لما ثبت نسب الولد من المدعى فقد صار نصيبه من الجارية أم ولد فكذا نصيب شريكه لعدم تجزى الجارية فى حق الاستيلاد فيما يحتمل النقل فصار متلفا نصيب شريكه عليه ولا يجوز تملك مال الغير الا بعوض فيضمن لشريكه نصف قيمة الام ويضمن له نصف عقر الجارية أيضا لان الوطء لاقاها ونصفها مملوك للشريك فاصادف ملك غيره يجب به العقر وأما قوله ان مدعى الام أقر أنها حرة الاصل فالجواب من وجهين أحدهما انه لما قضى بكونها أم ولد للمدعى فقد صار مكذبا شرعا فبطل كما لو ادعى المشترى انه اشترى الدار بألف وادعى البائع البيع بألفين وأقام البائع البينة وقضى القاضى بألفين على المدعى عليه ان الشفيع يأخذها بالألفين من المشترى وان سبق من المشترى الاقرار بالشراء بألف لما انه كذبه شرعا كذا هذا والثانى ان اقراره بحريتها وجد بعدما حكم بزوالها عن ملكه لانها جعلت زائلة عنه من وقت العلوق فلم يصح اقراره فلم يصر اقراره ابراءا اياه عن الضمان كما فى مسئلة الشفيع ومن مسائل دعوى الولد اذا كاتب الرجل أمته فجاءت بولد ليس له نسب معروف فادعاه المولى ثبت نسبه منه صدقته أم كذبته وسواء جاءت بالولد لستة أشهر أو لاكثر أو لاقل فان نسب الولد يثبت على كل حال اذا ادعاه لان المكاتبة باقية على ملك المولى فكان ولدها مملوكا له ودعوة المولى ولد أمته لا تقف صحتها على التصديق وعتق الولد لان نسبه ثبت من المولى ولا ضمان عليه فيه لان غرض المكاتبة من الكتابة عتقها وعتق أولادها وقد حصل لها هذا الغرض فلا يضمن لها شيأ ثم ان جاءت بالولد لاكثر من ستة أشهر فعليه العقر لانه تبين أن الوطء حصل فى حال الكتابة وان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ كاتبها فلا عقر عليه لانه علم أنه وطئها قبل الكتابة والمكاتبة بالخيار ان شاءت مضت على كتابتها وان شاءت عجزت لان الحرية توجهت اليها من جهتين ولها فى كل واحدة منهما غرض صحيح لان بالكتابة تتعجل لها الحرية وبالاستيلاد تسقط عنها السعاية فكان التخيير مفيدا فكان لها أن تختار أيهما شاءت وان ادعى المولى ولد جارية المكاتب له وقد علقت به فى ملك المكاتب فانه يرجع الى تصديق المكاتب فان كذب المولى لم يثبت نسب

الولد

الولد ولا تصير الجارية أم ولد له وكانت الجارية وولدها مملوكين وان صدقه كان الولد ابن المولى وعليه قيمته يوم ولد وذكر محمد في الزيادات ولم يحك خلافا وكذا ذكر في الدعاوى الا انه قال أستحسن ذلك اذا كان الحبل في ملك المكاتب وهذا يشير الى أن القياس ان لا يعتق الولد وان صدقه المكاتب وهو رواية عن أبي يوسف وروى ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف أن المولى يصدق بغير تصديق المكاتب وجه القياس أنه لما لم يقبل قوله بغير تصديق فكذا مع التصديق لان المكاتب لا يملك التحرير بنفسه فلا يملك التصديق بالحرية أيضا وجه الرواية الاخرى لابي يوسف أن حق الرجل في مال مكاتبه أقوى من حقه في مال ولده فلما ثبت النسب في جارية الابن من غير تصديق فههنا أولى وجه ظاهر الرواية ان حق المكاتب في كسبه أقوى من حق المولى بدليل انه لا يملك النزع من يده فكان المولى في حق ملك التصرف في مال المكاتب بمنزلة الاجنبي فتتوقف دعوته على تصديق المكاتب فان صدقه كان الولد ابن المولى وعليه قيمته يوم ولد لانه يشبه ولد المغرور لثبوت الملك في الام من وجه دون وجه لان ملك الذات في المكاتب للمولى وملك التصرفات للمكاتب كالمغرور أنه يثبت الملك في الام ظاهرا والمستحق حقيقة وولد المغرور حر بالقيمة قال محمد في الزيادات اذا اشترى المكاتب أمة حاملا فادعى مولاها ولدها أو اشترى عبدا صغيرا فادعاه لم تجز دعوته الا بالتصديق كما في المسئلة الاولى الا ان هناك اذا صدقه يثبت النسب ويعتق وههنا ان صدقه المكاتب ثبت نسبه ولا يعتق لان تلك الدعوة دعوة استيلاد لعدم العلوق في الملك فكانت دعوة تحرير والمولى لا يملك تحريره الا ترى انه لو أعتقه لا نصح الا ان النسب يثبت وليس من ضرورة ثبوت النسب ثبوت العتق الا ترى ان من ادعى ولد أمة أجنبي فصدقه مولاه يثبت النسب ولا يعتق في الحال كذا ههنا

﴿ فصل ﴾ وأما صفة الاستيلاد فالاستيلاد لا يتجزأ عند أبي يوسف ومحمد كالتدبير وعند أبي حنيفة هو متجزئ الا انه قد يتكامل عند وجود سبب التكامل وشرطه وهو امكان التكامل وقيل انه لا يتجزأ عنده أيضا لكن فيما يحتمل نقل الملك فيه وأما فيما لا يحتمل فهو متجزئ عنده وبيان هذا ما ذكرنا فيما تقدم في الامة القنة بين اثنين جاءت بولد فادعاه أحدهما ان كلها صارت أم ولد له وان ادعياه جميعا صارت أم ولدهما جميعا ثم أم الولد الخالصة اذا أعتق المولى نصفها عتق كلها بالاجماع وكذا اذا كانت بين اثنين فاعتق أحدهما نصيبه عتق جميعها بلا خلاف لكن عندهما لعدم تجزئ الاعتاق وعنده لعدم الفائدة في بقاء حكم الاستيلاد في الباقي لا باعتاقه كما في الطلاق والعفو عن القصاص على ما بينا في كتاب العتاق ولا ضمان على الشريك المعتق ولا سعاية عليها في قول أبي حنيفة وسنأتي المسئلة في موضعها والفرق بين المدبر وأم الولد في هذا الحكم ان شاء الله تعالى ولو كانت مدبرة صار نصيب المدعي أم ولد له ونصيب الآخر بقي مدبرا على حاله وان كانت مكاتبة بين اثنين صار نصيب المدعي أم ولد عند أبي حنيفة وتبقى الكتابة وعندهما يصير الكل أم ولد للمدعي وتنفسخ الكتابة في النصف وهي من مسائل كتاب المكاتب

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الاستيلاد فنوعان أيضا كحكم التدبير أحدهما يتعلق بحال حياة المستولد والثاني يتعلق بما بعد موته أما الاول فما ذكرنا في التدبير وهو ثبوت حق الحرية عند عامة العلماء وقال بشر بن غياث المريسي وداود بن علي الاصفهاني امام أصحاب الظاهر لا حكم له في الحال وعلى هذا تبتنى جملة من الاحكام فلا يجوز بيع أم الولد عند العامة وعندهما يجوز واحتجا بما روى عن جابر بن عبد الله انه قال كنا نبيع أمهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانها مملوكة له بدليل انه يحل له وطؤها ولا يحل الوطء الا في الملك وكذا تصح اجارتها وكتابتها فدل انها مملوكة له فيجوز بيعها كبيع القنة ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أم الولد لا تباع ولا توهب وهي حرة من جميع المال وهذا نص في الباب وروى عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في أم ابراهيم عليه السلام أعتقها ولدها فظاهره يقتضي ثبوت حقيقة الحرية للحال أو الحرية من كل وجه الا انه تأخر ذلك الى ما بعد الموت بالاجماع فلا أقل من انعقاد سبب الحرية أو الحرية من وجه وكل ذلك عدم

يمنع جواز البيع وروى ان سعيد بن المسيب سئل عن بيع أمهات الاولاد فقال ان الناس يقولون ان أول من أمر بعتق أمهات الاولاد عمر بن الخطاب وليس كذلك لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم أول من أعتقهن ولا يجعلن فى الثلث ولا يستسعين فى دين وعن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الاولاد وان لا يبعن فى الدين ولا يجعلن فى الثلث وكذا جميع التابعين على انه لا يجوز بيع أم الولد فكان قول بشر وأصحاب الظواهر مخالفا للاجماع فيكون باطلا ومن مشايخنا من قال عليه اجماع الصحابة أيضا لما روى عن على رضى الله عنه انه سئل عن بيع أمهات الاولاد فقال كان رأيى ورأى عمر أن لا يبعن ثم رأيت بيعهن فقال له عبيدة السلمانى رأيك مع الجماعة أحب الى من رأيك وحدك وفى رواية أخرى عن على رضى الله عنه اجتمع رأيى ورأى عمر فى ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على عتق أمهات الاولاد ثم رأيت بعد ذلك ان يبعن فى الدين فقال عبيدة رأيك ورأى عمر فى الجماعة أحب الى من رأيك فى الفرقة فقول عبيدة فى الجماعة اشارة الى سبق الاجماع من الصحابة رضى الله عنهم ثم بدا لعلى رضى الله عنه فيحمل خلافه على أنه كان لا يرى استقرار الاجماع ما لم ينقرض العصر ومنهم من قال كانت المسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم فكان على وجابر رضى الله عنهما يريان بيع أم الولد لكن التابعين أجمعوا على أنه لا يجوز والاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند أصحابنا لما عرف فى أصول الفقه ولان أم الولد تعتق عند موت السيد بالاجماع ولا سبب سوى الاستيلاد السابق فعلم أنه انعقد سببا للحال لثبوت الحرية بعد الموت وأنه يمنع جواز البيع لما بينا فى التدبير وأما حديث جابر رضى الله عنه فيحتمل أنه أراد بالبيع الاجارة لانها تسمى بيعا فى لغة أهل المدينة ولانها بيع فى الحقيقة لكونها مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب ويحتمل أنه كان فى ابتداء الاسلام حين كان بيع الحر مشروعا ثم انتسخ بانتساخه فلا يكون حجة مع الاحتمال وأما قوله انها مملوكة للمستولد فنعم لكن هذا لا يمنع انعقاد سبب الحرية من غير حرية أصلا ورأسا وهذا القدر يكفى للمنع من جواز البيع لما ذكرنا فى كتاب التدبير وسواء كان المستولد مسلما أو كافرا مرتدا أو ذميا أو مستأمنا خرج الى ديارنا ومعه أم ولده لا يجوز له بيعها لانها أم ولد لان أمية الولد تتبع ثبات النسب والكفر لا يمنع ثبوت النسب ولما دخل المستأمن دار الاسلام بامان فقد رضى بحكم الاسلام ومن حكم الاسلام أن لا يجوز بيع أم الولد وكذلك كل تصرف يوجب بطلان حق الحرية الثابتة لها بالاستيلاد لا يجوز كالهبة والصدقة والوصية والرهن لان هذه التصرفات توجب زوال ملك العين فيوجب بطلان هذا الحق وما لا يوجب بطلان هذا الحق فهو جائز كالاجارة والاستخدام والاستسعاء والاستغلال والاستمتاع والوطء لانها تصرف فى المنفعة لا فى العين والمنافع مملوكة له والاجرة والكسب والغلة والعقر والمهر للمولى لانها بدل المنفعة والمنافع على ملكه وكذا ملك العين قائم لان العارض وهو التدبير لم يؤثر الا فى ثبوت حق الحرية من غير حرية فكان ملك اليمين قائما وانما الممنوع منه تصرف يبطل هذا الحق وهذه التصرفات لا تبطله وكذا الارش له بدل جزء هو ملكه وله أن يزوجها لان التزويج تمليك المنفعة ولا ينبغى أن يزوجها حتى يستبرئها بحيضة لاحتمال أنها حملت منه فيكون النكاح فاسدا ويصير الزوج بالوطء ساقيا ماءه زرع غيره فكان التزويج تعريضا للفساد فينبغى أن يتحرز من ذلك بالاستبراء لكن هذا الاستبراء ليس بواجب بل هو مستحب كاستبراء البائع ولو زوجها فولدت لاقل من ستة أشهر فهو من المولى والنكاح فاسد لانه تبين أنه زوجها وفى بطنها ولد ثابت النسب منه وان ولدت لاكثر من ستة أشهر فهو ولد الزوج لان الزوج له فراش والولد للفراش على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا فراش للمولى لزوال فراشه بالنكاح فان ادعاه المولى وقال هذا ابنى لا يثبت نسبه منه لسبق ثبوته من غيره وهو الزوج فلا يتصور ثبوته فلا تصح دعوته لكنه يعتق عليه لانه فى ملكه وقد أقر بحريته فيعتق عليه وان لم يثبت نسبه منه كما اذا قال لعبده هذا ابنى وهو معروف النسب من الغير ونسب ولد أم الولد يثبت من المولى من غير دعوة عند عدم الحرية الا اذا حرمت عليه حرمة مؤبدة فجاءت بولد لستة أشهر من وقت

الحرمة أو زوجها فجاءت بولد لستة أشهر من وقت التزويج فلا يثبت نسبه الا بالدعوة وانما قلنا أنه يثبت نسب ولدها من المولى من غير دعوة عند عدم الحرمة المؤبدة والنكاح لانها صارت فراشا بثبوت نسب ولدها والولد المولود على الفراش يثبت نسبه من غير دعوة قال النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش بخلاف الامة القنة أو المدبرة لانه لا يثبت نسب ولدها وان حصنها المولى وطلب ولدها بدون الدعوة عندنا فلا تصير فراشا بدون الدعوة ثم انما يثبت نسب ولد أم الولد بدون الدعوة دون ولد القنة والمدبرة لان الظاهر ان ولد أم الولد من المولى لانه لا يتحرز عن الاعلاق اذا التحرز لخوف فوات ماليتها وقد حصل ذلك منه فالظاهر ان لا يعزل عنها بل يعلقها فكان الولد منه من حيث الظاهر فلا تقع الحاجة الى الدعوة بخلاف القنة والمدبرة فان هناك الظاهر أنه لا يعلقها بل يعزل عنها تحرزا عن اتلاف المالية فلا يعلم أنه منه الا بالدعوة فلا يثبت النسب الا بالدعوة فهو الفرق والله عز وجل أعلم فان صارت أم الولد محرمة على المولى على التأبيد بان وطئها ابن المولى أو أبوه أو وطئ المولى أمها أو بنتها فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر لم يثبت نسب الولد الذى أتت به بعد التحريم من غير دعوة لان الظاهر أنه ما وطئها بعد الحرمة فكان حرمة الوطء كالنفى دلالة وان ادعى يثبت النسب لان الحرمة لا تزيل الملك وذكر القدورى فى شرحه مختصر الكرخى أصلا فقال اذا حرمت أم الولد بما يقطع نكاح الحرة و يزيل فراشها مثل المسائل التى ذكرنا لا يثبت نسب ولدها من مولاها الا أن يدعيه لان فراش الزوجة أقوى من فراش أم الولد وهذه المعانى تقطع فراش الزوجة فلان تقطع فراش أم الولد أولى وكذلك اذا زوجها فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر لانها صارت فراشا للزوج فيستحيل أن تصير فراشا لغيره الا أنه اذا ادعى يعتق عليه كما اذا قال لعبده وهو معروف النسب من الغير هذا ابنى وان حرمت عليه بما لا يقطع نكاح الحرة لا يزيل فراشها مثل الحيض والنفاس والاحرام والصوم يثبت نسب ولدها منه لانه تحريم عارض لا يغير حكم الفراش وللمولى أن ينفى ولد أم الولد من غير لعان أما النفى فلانه يملك العزل عنها بغير رضاها فاذا أخبر عن ذلك فقد أخبر عما يملكه فكان مصدقا وأما النفى من غير لعان فلان فراش أم الولد أضعف من فراش الحرة وهذا أصل يذكر فى كتاب الدعوى أن الفرش ثلاثة قوى وضعيف ووسط فالقوى هو فراش النكاح حتى يثبت النسب فيه من غير دعوة ولا ينتفى الا باللعان والضعيف فراش الامة حتى لا يثبت النسب فيه من غير دعوة والوسط فراش أم الولد حتى يثبت النسب فيه من غير دعوة و ينتفى من غير لعان لانه يحتمل الانتقال بالتزويج فيحتمل الانتفاء بالنفى بخلاف فراش الزوج ثم انما ينتفى بالنفى اذا لم يقض به القاضى أو لم تتطاول المدة فاما اذا قضى القاضى به أو تطاولت المدة فلا ينتفى لانه يتأكد بقضاء القاضى فلا يحتمل النفى بعد ذلك وكذا تطاول المدة من غير ظهور النفى اقرار منه دلالة والنسب المقر به لا ينتفى بالنفى ولم يقدر أبو حنيفة لتطاول المدة تقديرا وأبو يوسف ومحمد قدراه بمدة النفاس أربعين يوما وقد ذكرنا فى كتاب اللعان وولد أم الولد من غير مولاها بمنزلة الام بان زوج أم ولده فولدت ولدا لستة أشهر فصاعدا من وقت التزويج لان الولد يتبع الام فى الرق والحرية وقد ثبت حق الحرية فى الام فيسرى الى الولد فكان حكمه حكم الام فى جميع الاحكام هذا اذا استولد جارية فى ملكه فان كان استولدها فى ملك غيره بنكاح حتى يثبت نسب ولدها منه ثم ملكها ولها ولد من زوج آخر بان استولدها ثم فارقها فزوجها المولى من آخر فجاءت بولد ثم ملكها يوما من الدهر وولدها صارت الجارية أم ولده عند أصحابنا ولا يصير ولدها ولد أم ولد حتى يجوز بيعه فى قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر اذا ملك من ولدته بعد ثبوت نسب ولدها منه فهو ولد أم ولده يثبت فيه حكم الام وجه قوله أن الاستيلاد وان كان فى ملك الغير لكنه لما ملكها فقد صارت أم ولد عند أصحابنا وانما صارت أم ولد بالعلوق السابق والولد حدث بعد ذلك فيحدث على وصف الام فاذا ملكه يثبت فيه الحكم الذى يثبت فى الام ولنا أن الاستيلاد فى الام وهو أمية الولد شرعا انما تثبت وقت ملك الام والولد منفصل فى ذلك الوقت والسراية لا تثبت فى الولد المنفصل و يتعلق الدين بكسبها لا برقبتها لانها لا تقبل البيع لما ذكرنا وتسعى

فى ديونها بالغة ما بلغت لان الدين عليها لا فى رقبتها وارش جناياتها على المولى وهو الاقل من قيمتها ومن الارش وليس على المولى الا قدر قيمتها وان كثرت الجنايات كالمدبر ويجوز اعتاقها لما فيه من استعجال مقصودها وهو الحرية ولو أعتق المولى نصفها يعتق كلها وكذا اذا كانت مشتركة بين اثنين فاعتق أحدهما نصيبه عتق جميعها لما ذكرنا ولا ضمان على المعتق ولا سعاية عليها عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد ان كان المعتق موسرا ضمن لشريكه وان كان معسرا سعت فى نصف قيمتها للشريك الذى لم يعتق ولو مات عن أم ولد بينه وبين شريكه عتق جميعها ولا ضمان عليه بالاجماع لانه لا صنع له فى الموت ويقع الاختلاف فى السعاية عند أبى حنيفة لا سعاية عليها وعندهما عليها السعاية وعلى هذا الخلاف الغصب والقبض فى البيع الفاسد انها لا تضمن فى قول أبى حنيفة وعندهما تضمن ولا خلاف فى المدبرة انها تضمن بهذه الاسباب ولقب المسئلة ان أم الولد هل هى متقومة من حيث انها مال أم غير متقومة عنده غير متقومة من هذه الجهة وعندهما متقومة وأجمعوا على انها متقومة من حيث انها نفس ولا خلاف فى ان المدبر متقوم من حيث انه مال وربما تلقب المسئلة بان رق أم الولد هل له قيمة أم لا ذكر محمد فى الاملاء انها تضمن فى الغصب عند أبى حنيفة كما يضمن الصبى الحر اذا غصب يعنى اذا مات عن سبب حادث بان عقره سبع أو نهشته حية أو نحو ذلك وجه قولهما ان أم الولد مملوكة للمولى ولا شك ولهذا يحل له وطؤها واجارتها واستخدامها وكتابتها وملكه فيها معصوم لان الاستيلاد لم يوجب زوال العصمة فكانت مضمونة بالغصب والاعتاق والقبض فى البيع الفاسد كالمدبر والدليل على ان رقها متقوم ان أم ولد النصرانى اذا أسلمت تخرج الى العتاق بالسعاية فلولا ان ماليتها متقومة لعتقت مجانا ولم يكن للمولى أخذ السعاية بدلا عن ماليتها وكذا يجوز للمولى أن يكاتبها والاعتياض انما يجوز عن مال متقوم والدليل عليه انها تضمن بالقتل بالاجماع ولابى حنيفة قول النبى صلى الله عليه وسلم لمارية لما ولدت ابراهيم عليه السلام أعتقها ولدها فظاهر الحديث يقتضى ثبوت العتق فى الحال فى حق جميع الاحكام الا انه خص منه الاستمتاع والاستخدام بالاجماع ولا اجماع فى التقويم فكانت حرة فى حق التقويم بظاهر الحديث وكذا سبب العتق للحال موجود وهو ثبوت نسب الولد لان ذلك يوجب الاتحاد بين الواطئ والموطوءة ويجعلهما نفسا واحدة فقضيته ثبوت العتق للحال فى جميع الاحكام الا انه لم يظهر فى سائر الاحكام بالاجماع فيظهر فى حق سقوط التقوم بخلاف المدبر لان هناك السبب وهو التدبير أضيف الى ما بعد الموت لان التدبير اثبات العتق عن دبر الا انه جعل سببا للحال لضرورة ذكرناها فى بيع المدبر والثابت بالضرورة يتقيد بقدر الضرورة والضرورة فى حرمة البيع لا فى سقوط التقوم وههنا الامر على القلب من ذلك لان السبب يقتضى الحكم للحال والتأخر على خلاف الاصل والدليل على انها غير متقومة من حيث انها مال لانها لا تسعى لغريم ولا لوارث ولو كانت متقومة من حيث انها مال لثبت للغريم حق فيها وللوارث فى ثلثها فيجب ان يسعى فى ذلك كالمدبر والسعاية مبنية على هذا الاصل لان استسعاء العبد يكون بقيمته ولا قيمة لام الولد فلا سعاية عليها وأما قوله ان ملك المولى فيها قائم بعد الاستيلاد والعصمة قائمة فمسلم لكن قيام الملك والعصمة لا يقتضى التقوم كملك القصاص وملك النكاح وملك الخمر وجلد الميتة وأما أم ولد النصرانى اذا أسلمت فالجواب من وجهين أحدهما انها متقومة فى زعمهم واعتقادهم ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون فاذا دانوا تقويمها يتركون وذلك ولذلك جعلت خمورهم متقومة كذا هذا والثانى ان أم ولد النصرانى اذا أسلمت تجعل مكاتبة للضرورة اذ لا يمكن القول بعتقها لان ملك الذمى ملك محترم فلا يجوز ابطاله عليه ولا سبيل الى ابقائها على ملكه يستمتع بها ويستخدمها لما فيه من الاستذلال بالمسلمة ولا وجه الى دفع المذلة عنها بالبيع من المسلم لخروجها بالاستيلاد عن محلية البيع فتجعل مكاتبة وضمان الكتابة ضمان شرط ولانه لا يوقف على كون ما يقابله مالا متقوما كما فى النكاح والخلع ثم اذا سعت تسعى وهى رقيقة عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تسعى وهى حرة ووجه قوله ان الاستسعاء استذلال بها وهذا لا يجوز ولنا ما ذكرنا ان فى الحكم بعتقها ابطال ملك الذمى عليه وتتعلق ديونه بذمة المفلس وملكه معصوم

والاستذلال

والاستدلال فى الاستمتاع والاستخدام لا فى نفس الملك ألا ترى ان أمة النصرانى اذا أسلمت فكاتبها المولى لا تجبر على البيع وقد خرج الجواب عن الكتابة وانما ضمنت بالقتل لان ضمان القتل ضمان الدم والنفس وانها متقومة من هذه الجهة وماذكر محمد فى الاملاء عن أبى حنيفة فذلك ضمان القتل لانه اذا لم يحفظها حتى هلكت بسبب حادث فقد تسبب لقتلها وتجوز كتابتها كما يجوز اعتاقها لما فيه من تعجيل العتق اليها ولا تشكل الكتابة على أصل أبى حنيفة انها معاوضة ورق أم الولد لا قيمة له فلا يجوز ان يستحق المولى عليه عوضا لان صحة المعاوضة لا تقف على كون المعوض مالا أصلا فضلا عن كونه متقوما كما فى النكاح والخلع فان مات المولى قبل ان تؤدى بدل الكتابة عتقت ولا شىء عليها أما العتق فلانها كانت أم ولد وقد مات مولاها وأما العتق بغير شىء فلان الكتابة قد بطلت لان الحرية توجهت اليها من وجهين الاستيلاد والكتابة فاذا ثبت العتق باحدهما بطل حكم الآخر وكذا يجوز اعتاقها على مال وبيعها نفسها حتى اذا قبلت عتقت والمال دين عليها لان الاعتاق على مال من باب تعجيل الحرية وأما الذى يتعلق بما بعد موت المولى فمنها عتقها لان عتقها كان معلقا شرعا بموت المولى لما روى عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما رجل ولدت أمته منه فهى معتقة عن دبر منه وقد روينا عن ابن عباس رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حين ولدت أم ابراهيم عليه السلام أعتقها ولدها ومعلوم انه لا يثبت حقيقة العتق فى حال الحياة فلو لم يثبت بعد الموت لتعطل الحديث ولان سبب ثبوت العتق قد وجد وهو ثبوت نسب الولد ولم يعمل فى حال الحياة فلو لم يعمل بعد الموت لبطل السبب ويستوى فيه الموت الحقيقى والحكمى بالردة واللحوق بدار الحرب لما ذكرنا فى كتاب التدبير وكذا الحربى والمستأمن اذا اشترى جارية فى دار الاسلام واستولدها ثم رجع الى دار الحرب فاشترى الحربى عتقت الجارية لما ذكرنا فى المدبر وكذا يعتق ولدها الذى ليس من مولاها اذا سرت أمية الولد اليها على ما بينا لان الولد يتبع الام فى الرق والحرية ومنها انها تعتق من جميع المال ولا تسعى للوارث ولا للغريم بخلاف المدبرة لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أم الولد لا تباع ولا توهب وهى حرة من جميع المال وهذا نص وروينا عن سعيد بن المسيب انه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثلث ولا يبعن فى دين ولا يجعلن فى الثلث وفى بعض الروايات ولا يجعلن فى الثلث ولا يستسعين فى دين وفى بعضها أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثلث ولا يبعن فى دين ولان سبب ثبوت حرية أم الولد هو ثبوت نسب الولد والنسب لا تجامعها السعاية كذا حرية الاستيلاد ومنها ان ولاءها للمولى لان الاعتاق منه لما بينا

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يظهر به الاستيلاد فظهوره باقرار المولى ثم ان أقر به فى حال الصحة ان هذه الجارية قد ولدت منه فقد صارت أم ولده سواء كان معها ولد أو لم يكن لان الاقرار فى حال الصحة لا تهمة فيه فيصح سواء كان معها ولد او لم يكن ولهذا لو أعتقها فى الصحة يعتبر من جميع المال وان كان الاقرار به فى مرض موته فان كان معها ولد صارت أم ولده أيضا وتعتق من جميع المال اذا مات المولى لان كون الولد معها دليل الاستيلاد فكان الظاهر شاهدا له فيصح اقراره ولان التسبب من الحوائج الاصلية وتصرف المريض فى مرض الموت فيما يحتاج اليه حاجة أصلية نافذ كشراء الطعام والكسوة ونحو ذلك وان لم يكن معها ولد عتقت من الثلث لانه متهم فى اقراره فى حق سائر الورثة ولم يوجد ما ينفى التهمة وهو الولد وكذا اذا لم يكن معها ولد لا يحتاج الى التسبب فيصير قوله هذه أم ولدى كقوله هذه حرة بعد موتى فتعتق بعد موته من الثلث

﴿ كتاب المكاتب ﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان جواز المكاتبة وفى بيان ركن المكاتبة وفى بيان شرائط

الركن وفى بيان ما يملكه المكاتب من التصرفات وما لا يملكه وفى بيان ما يملكه المولى من التصرف فى المكاتب وما لا يملكه وفى بيان صفة المكاتبة وفى بيان حكم المكاتبة وفى بيان ما تنفسخ به المكاتبة أما الاول فالقياس أن لا تجوز المكاتبة لما فيها من ايجاب الدين للمولى على عبده وليس يجب للمولى على عبده دين وفى الاستحسان جائز بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله عز وجل فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وأدنى درجات الامر الندب فكانت الكتابة مندوبا اليها فضلا عن الجواز وقوله عز وجل ان علمتم فيهم خيرا أى رغبة فى اقامة الفرائض وقيل وفاء لامانة الكتابة وقيل حرفة وروى هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال فى قوله عز وجل خيرا أى حرفة ولا ترسلوهم كلابا على الناس وأما السنة فما روى محمد بن الحسن باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أيما عبد كوتب على مائة أوقية فأداها كلها الا عشر أواق فهو رقيق وقال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقى عليه درهم وروى أن عائشة رضى الله عنها كاتبت بريرة بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليها وعليه اجماع الامة وبه تبين ان قول داود بن على الاصفهانى ان الكتابة واجبة قول مخالف للاجماع وان تعلقه بظاهر الامر لا يصح لان الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يتركون مماليكهم بعد موتهم ميراثا لورثتهم من غير نكير فعلم ان ليس المراد من هذا الامر الوجوب وأما الجواب عن وجه القياس ان المولى لا يجب له على عبده دين فهذا على الاطلاق ممنوع وانما نسلم ذلك فى العبد القن لا فى المكاتب والمستسعى لان كسب القن ملك المولى وكسب المكاتب والمستسعى ملكهما لا حق للمولى فيه فكان المولى كالاجنبى عن كسب المكاتب فأمكن ايجاب الدين للمولى عليه

﴿فصل﴾ وأما ركن المكاتبة فهو الايجاب من المولى والقبول من المكاتب أما الايجاب فهو اللفظ الدال على المكاتبة نحو قول المولى لعبده كاتبتك على كذا سواء ذكر فيه حرف التعليق بأن يقول على أنك ان أديت الى فأنت حر أو لم يذكر عندنا وعند الشافعى لا يتحقق الركن بدون حرف التعليق وهو أن يقول كاتبتك على كذا على أنك ان أديت الى فأنت حر بناء على أن معنى المعاوضة أصل فى الكتابة ومعنى التعليق فيها ثابت عندنا والعتق عنده الاداء يثبت من حيث المعاوضة لا من حيث التعليق بالشرط وعنده معنى التعليق فيها أصل أيضا والعتق ثبت من حيث التعليق فلا بد من حرف التعليق وما قلناه أولى بدليل انه لو أبرأه عن بدل الكتابة يعتق ولو كان ثبوت العتق فيها من طريق التعليق بالشرط لما عتق لعدم الشرط وهو الاداء وكذا لو قال لعبده أنت حر على ألف تؤديها الى نجوما فى كل شهر كذا فقبل أو قال اذا أديت لى ألف درهم كل شهر منها كذا فأنت حر فقبل أو قال جعلت عليك ألف درهم تؤديها الى نجوما كل نجم كذا فاذا أديت فأنت حر وان عجزت فأنت رقيق وقبل ونحو ذلك من الالفاظ لان العبرة فى العقود للمعانى لا للالفاظ وأما القبول فهو أن يقول العبد قبلت أو رضيت وما أشبه ذلك فاذا وجد الايجاب والقبول فقد تم الركن ثم الحاجة الى الركن فيمن يثبت حكم العقد فيه مقصودا لا تبعا كالولد المولود فى الكتابة والولد المشترى والوالدين على ما نذكر لان الاتباع كما لا يفرد بالشروط لا يفرد بالاركان لما فيه من قلب الحقيقة وهو جعل التبع متبوعا وهذا لا يجوز

﴿فصل﴾ وأما شرائط الركن فأنواع بعضها يرجع الى المولى وبعضها يرجع الى المكاتب وبعضها يرجع الى بدل الكتابة وبعضها يرجع الى نفس الركن ثم بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ وبعضها شرط الصحة أما الذى يرجع الى المولى فمنها العقل وانه شرط الانعقاد فلا تنعقد المكاتبة من الصبى الذى لا يعقل والمجنون ومنها البلوغ وهى شرط النفاذ حتى لا تنفذ الكتابة من الصبى العاقل وان كان حرا أو مأذونا فى التجارة من قبل المولى أو الوصى لان المكاتبة ليست بتجارة اذ التجارة مبادلة المال بالمال والمكاتبة ليست كذلك وليست من توابع التجارة ولا من ضروراتها ولهذا لا يملكها العبد المأذون والشريك شركة العنان لما قلنا وله أن يكاتب عبده باذن أبيه أو وصيه

لان الاب والوصى يملكان العقد بأنفسهما فيملكان الاذن به للصبي اذا كان عاقلا ومنها الملك والولاية وهذا شرط
هذا لان المكاتبة فيها معنى المعاوضة والتعليق وكل واحد منهما عند الانفراد لا يصح بدون الملك والولاية فكذا
عند الاجتماع فلا تنفذ المكاتبة من الفضولى لانعدام الملك والولاية وتنفذ من الوكيل لانه نائب الموكل فكان
تصرفه تصرف الموكل وكذا من الاب والوصى استحسانا والقياس أن لا تنفذ وجه القياس ان المكاتبة تصرف يفضى
الى العتق وهما لا يملكان الاعتاق لا بغير بدل ولا ببدل كالاعتاق على مال وبيع نفس العبد منه وجه الاستحسان
ان المكاتبة من باب اكتساب المال ولهما ولاية اكتساب المال كالبيع والاجارة بخلاف الاعتاق على مال وبيع
نفس العبد منه لان ذلك ليس من باب الاكتساب بل هو من باب الاعتاق لان العبد يعتق بنفس القبول فيبقى المال
دينا فى ذمة المفلس فان أقر الاب أو الوصى بقبض بدل الكتابة فان كانت الكتابة معروفة ظاهرة بمحضر الشهود
يصدق ويعتق المكاتب لانه أمين فى قبض الكتابة فكان مصدقا كالوكيل بالبيع اذا باع ثم أقر بقبض الثمن وان
لم تكن معروفة لم يجز اقراره ولا يعتق العبد لان الكتابة اذا لم تكن ظاهرة كان ذلك منه اقرارا بالعتق واقرار الاب
أو الوصى بعتق عبد اليتيم لا يجوز واذا كانت الكتابة ظاهرة كان ذلك منه اقرارا باستيفاء الدين فيصح اقراره ولو
كاتب الاب أو الوصى ثم أدرك الصبي فلم يرض بالكتابة فالمكاتبة ماضية الا أنه ليس للوصى ولا للاب أن يقبض
بدل الكتابة لانه انما كان يملك القبض بولايته لا بمباشرة العقد لان حقوق العقد فى المكاتبة يرجع الى من عقد له
لا الى العاقد وقد زالت ولايته بالبلوغ بخلاف الوصى اذا باع شيأ ثم أدرك اليتيم ان له أن يقبض لان حقوق البيع
وكل عقد هو مبادلة المال بالمال يرجع الى العاقد هذا اذا كانت الورثة صغارا فان كانوا كبارا لا يجوز للوصى أن
يكاتب ولا للاب لزوال ولايتهما بالبلوغ سواء كانوا حضورا أو غيبا لان الموجب لزوال الولاية لا يختلف وهذا
بخلاف البيع لان الوارث الكبير اذا كان غائبا ان للاب والوصى أن يبيع المنقول لان بيع المنقول من باب الحفظ
لان حفظ ثمنه أيسر من حفظ عينه ولهما ولاية الحفظ وليس فى الكتابة حفظ فلا يملكانها وان كانت الورثة
صغارا وكبارا ذكر فى الاصل أنه لا يجوز ثم اختلف فى هذا الاطلاق قال بعضهم معناه انه لا يجوز فى نصيب الكبار
وأما فى نصيب الصغار فجائز وقال بعضهم معناه انه لا يجوز فى نصيب الكبار والصغار جميعا لانه اذا لم يجز فى نصيب
الكبار لم يكن فى جوازه فى نصيب الصغار فائدة لان لهم أن يفسخوا العقد وصار كعبد بين اثنين انه يمنع أحدهما عن
كتابة نصيبه الا برضا شريكه لانه لو فعل بغير اذن شريكه كان لشريكه أن يفسخ فلم يكن فيه فائدة كذا هذا ولو
كان على الميت دين فكاتب الوصى عبده من تركته لم يجز كذا ذكر فى الاصل ولم يفصل بين ما اذا كان الدين محيطا
بالتركة وبين ما اذا لم يكن محيطا بها منهم من أجرى المذكور فى الاصل على اطلاقه وقال لا تجوز مكاتبته سواء كان
الدين محيطا بالتركة أو لم يكن أما اذا كان محيطا بالتركة فلان حق الغرماء يكون متعلقا بها والمكاتبة تتضمن ابطال
حقهم لانها لو صحت لصارت حقوقهم منجمة مؤجلة وحقوقهم معجلة فلا يملك تأجيلها بالكتابة وان كان غير محيط
بالتركة فكذلك لان ذلك القدر من الدين يتعلق بالتركة مطلقا وتبطل الكتابة لان ذلك القدر من الدين يتأجل
تسليمه فيتضرر به الغريم الا أن يختار استيفاءه من غيرها فيجوز لان عدم الجواز لحق الغريم فاذا استوفى من محل
آخر فقد زال حقه فزال المانع بين الجواز وذكر القدورى ان المسئلة محمولة على ما اذا كان للميت غير العبد أو غير
القدر الذى يقضى به الدين فاما اذا لم يكن الدين محيطا بالتركة يجوز له ذلك لانه اذا كان هناك مال آخر يقضى به الدين
فحق الغرماء لا يتعلق بعين العبد لان التعليق بحاجتهم الى استيفاء دينهم وانه يحصل بدونه لانه لو تعلق قليل الدين
بجملة التركة لادى الى الحرج لان التركة قلما تخلو عن قليل الدين ولا يجوز لاحد الوصيين أن يكاتب بغير اذن
صاحبه فى قول أبى حنيفة ومحمد ويجوز فى قول أبى يوسف وأصل المسئلة انه هل لاحد الوصيين أن يتصرف فى
مال اليتيم بغير اذن صاحبه فهو على الخلاف الذى ذكرنا وهى من مسائل كتاب الوصايا ولو صى الوصى أن يكاتب

لانه قائم مقام الوصى وسواء كان المملوك محجورا أو مأذونا بالتجارة وعليه دين أو لا دين عليه لان الدين لا يوجب زوال الملك عنه فتنفذ المكاتبة الا أنه اذا كان عليه دين محيط أو غير محيط فللغرماء أن يردوا المكاتبة لان لهم حق الاستيفاء من رقبته وهو بالمكاتبة أراد ابطال حقهم فكان لهم أن ينقضوا كما لو باعه وعليه دين محيط أو غير محيط ان البيع ينفذ لكن للغرماء أن ينقضوا الا اذا كان قضى المولى دينهم من مال آخر قبل أن ينقضوا فليس لهم أن ينقضوا ومضت المكاتبة لانها وقعت جائزة لوقوعها فى الملك الا أنه كان للغرماء النقض لقيام حقهم فاذا قضى دينهم فقد زال حقهم فبقيت جائزة ولا يرجع المولى بما قضى من الدين على المكاتب لانه بقضاء الدين أصلح مكاتبته فكان عاملا لنفسه وكذا لو أبى المولى أن يؤدى الدين وأداه الغلام عاجلا مضت المكاتبة لما قلنا ولا يرجع العبد على المولى بما أدى لما قلنا فان كان المولى أخذ البدل ثم علم الغرماء بذلك فلهم أن يأخذوا من المولى ما أخذ من بدل الكتابة لانه كسب العبد المديون وأنه يؤخذ من المولى والعتق واقع اما من طريق المعاوضة لسلامة العوض للمولى واما من طريق التعليق بالشرط لوجود الشرط وهو أداء بدل الكتابة والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض فان بقى من دينهم شىء كان لهم أن يضمنوا المولى قيمته لانه أبطل حقهم فى قدر قيمة العبد حيث منعهم عن بيعه بوقوع العتق ولهم أن يبيعوا العبد ببقية دينهم لان الدين كان ثابتا فى ذمته متعلقا برقبته وقد بطلت الرقبة بالحرية فبقيت الذمة فكان لهم أن يبيعوه ولا يرجع المولى على العبد بما أخذ منه من بدل الكتابة لان المولى حين كاتبه كانت رقبته مشغولة بالدين فكانت مكاتبته اياه مع علمه ان الغرماء أحق منه بكسبه دلالة الرضا بما أخذ منه ولو كان العبد مرهونا أو مؤاجرا فكاتبه وقفت المكاتبة على اجازة المرتهن والمستأجر فان أجازا جاز وان فسخا هل ننفسخ بفسخهما فهو على ما ذكر فى البيوع والاجارات ان شاء الله تعالى وسواء كان المملوك قنا أو غيره حتى لو كانت مدبرة أو أم ولد جازت المكاتبة لقيام الملك اذ التدبير والاستيلاد لا يزيلان الملك وهما من باب استعجال الحرية فان أديا عتقا فقد مضى الامر وان مات المولى قبل الاداء عتقا لانهما يعتقان بموت السيد هذا اذا كانا يخرجان من الثلث فان كانا لا يخرجان من الثلث فأم الولد تعتق من غير اعتبار الثلث ولا تسعى وأما المدبر فله الخيار فى قول أبى حنيفة ان شاء سعى فى جميع الكتابة وان شاء سعى فى ثلثى القيمة اذا كان لا مال له غيره فان اختار الكتابة سعى على النجوم وان اختار السعاية فى ثلثى قيمته يسعى حالا وعند أبى يوسف ومحمد لا خيار له لكن عند أبى يوسف يسعى فى الاقل من جميع الكتابة ومن ثلثى القيمة وعند محمد يسعى فى الاقل من ثلثى الكتابة ومن ثلثى القيمة وقد ذكرنا المسئلة فى كتاب الاستيلاد ومنها الرضا وهو من شرائط الصحة فلا تصح المكاتبة مع الاكراه والهزل والخطأ لانها من التصرفات التى تحتمل الفسخ فيفسدها الكره والهزل والخطأ كالبيع ونحوه وأما حرية المكاتب فليست من شرائط جواز المكاتبة فتصح مكاتبة المكاتب لما نذكر ان شاء الله تعالى وكذا اسلامه فتجوز مكاتبة الذمى عبده الكافر لقوله صلى الله عليه وسلم فاذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلمين أن يكاتبوا عبيدهم فكذا لاهل الذمة ولان المكاتبة مشتملة على معنى المعاوضة والتعليق وكل واحد منهما يملكه الذمى حالة الانفراد وكذا عند الاجتماع والذمى اذا ابتاع عبدا مسلما فكاتبه فهو جائز وهذا فرع أصلنا فى شراء الكافر العبد المسلم انه جائز الا أنه يجبر على بيعه صيانة له عن الاستذلال باستخدام الكافر اياه والصيانة تحصل بالكتابة لزوال ولاية الاستخدام بزوال يده عنه بالمكاتبة وأما مكاتبة المرتد فموقوفة فى قول أبى حنيفة فان قتل أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت وان أسلم نفذت وعندهما هى نافذة وهى من مسائل السير والله عز وجل الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى المكاتبة فأنواع أيضا منها أن لا يكون فيه خطر العدم وقت المكاتبة وهو شرط الانعقاد حتى لو كاتب ما فى بطن جاريته لم ينعقد لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر والمكاتبة فيها معنى البيع ومنها أن يكون عاقلا وهو من شرائط الانعقاد حتى لو كاتب عبدا له مجنونا أو صغيرا لا يعقل لا تنعقد مكاتبته

لان القبول أحد شطرى الركن وأهلية القبول لا تثبت بدون العقل لان ماهو المقصود من هذا العقد وهو الكسب لا يحصل منه فان كاتبه فأدى البدل عنه رجل فقبله المولى لا يعتق لان العتق لا ينعقد بدون القبول ولم يوجد فكان أداء الاجنبي أداء من غير عقد فلا يعتق وله أن يسترد ما أدى لانه أداه بدلا عن العتق ولم يسلم العتق ولو قبل عنه الرجل الكتابة ورضى المولى لم يجز أيضا لان الرجل قبل الكتابة من غيره من غير رضاه ولا يجوز قبول الكتابة عن غيره بغير رضاه وهل يتوقف على اجازة العبد بعد البلوغ ذكر القدورى أنه لا يتوقف وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى أنه يتوقف والصحيح ماذكره القدورى لان تصرف الفضولى انما يتوقف على الاجازة اذا كان له مجيز وقت التصرف وههنا لا مجيز له وقت وجوده اذ الصغير ليس من أهل الاجازة فلا يتوقف بخلاف ما اذا كان العبد كبيرا غائبا فجاء رجل وقبل الكتابة عنه ورضى المولى ان الكتابة تتوقف على اجازة العبد لانه من أهل الاجازة وقت قبول الفضولى عنه فكان له مجيزا وقت التصرف فتوقف فلو أدى القابل عن الصغير الى المولى ذكر فى الاصل أنه يعتق استحسانا وجعله بمنزلة قوله اذا أديت الى كذا فعبدى حر وقال وهذا والكبير سواء والقياس أن لا يعتق لان المكاتبة على الصغير لم تنعقد لانه ليس من أهل القبول فيبقى الاداء بغير مكاتبة فلا يعتق ووجه الاستحسان ان المكاتبة فيها معنى المعاوضة ومعنى التعليق والمولى ان كان لا يملك الزام العبد العوض يملك تعليق عتقه بالشرط فيصح من هذا الوجه ويتعلق العتق بوجود الشرط وكذا اذا كان العبد كبيرا غائبا فقبل الكتابة عنه فضولى وأداها الى المولى يعتق استحسانا وليس للقابل استرداد المؤدى والقياس أن لا يعتق وله أن يسترد لما قلنا هذا اذا أدى الكل فان أدى البعض فله ان يسترد قياسا واستحسانا لانه انما أدى ليسلم العتق والعتق لا يسلم بأداء بعض بدل الكتابة فكان له أن يسترد الا اذا بلغ العبد فأجاز قبل أن يسترد القابل فليس له أن يسترد بعد ذلك لان بالاجازة استند جواب العقد الى وقت وجوده والاداء حصل عن عقد جائز فلا يكون له الاسترداد فلو ان العبد عجز عن أداء الباقى ورد فى الرق فليس له أن يسترد أيضا وان رد العبد فى الرق لان المكاتبة لا تنفسخ بالرد فى الرق بل تنتهى فى المستقبل فكان حكم العقد قائما فى القدر المؤدى فلا يكون له الاسترداد بخلاف باب البيع بأن من باع شيأ ثم تبرع انسان بأداء الثمن ثم فسخ البيع بالرد بالعيب أو بوجه من الوجوه ان للمتبرع أن يسترد ما دفع لان الدفع كان بحكم العقد وقد انفسخ ذلك العقد وكذلك لو تبرع رجل بأداء المهر عن الزوج ثم ورد الطلاق قبل الدخول انه يسترد منها النصف لان الطلاق قبل الدخول فسخ من وجه ولو كانت الفرقة من قبلها قبل الدخول بها فله أن يسترد منها كل المهر ولا يكون المهر للزوج بل يكون للمتبرع لانفساخ النكاح هذا كله اذا أدى القابل فلو امتنع القابل عن الاداء لا يطالب بالاداء الا اذا ضمن فحينئذ يؤخذ به بحكم الضمان فاما بلوغه فليس بشرط حتى لو كاتبه وهو يعقل البيع والشراء جازت المكاتبة ويكون كالكبير فى جميع أحكامه عندنا خلافا للشافعى لان المكاتبة اذن فى التجارة واذن الصبى العاقل بالتجارة صحيح عندنا خلافا له وهى من مسائل المأذون

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى بدل الكتابة فمنها أن يكون مالا وهو شرط الانعقاد فلا تنعقد المكاتبة على الميتة والدم لانهما ليسا بمال فى حق أحد لا فى حق المسلم ولا فى حق الذمى ألا ترى ان المشترى بهما لا يملك وان قبض ولا تنعقد عليهما المكاتبة حتى لا يعتق وان أدى لان التصرف الباطل لا حكم له فكان ملحقا بالعدم الا اذا كان قال على أنك ان أديت الى فأنت حر فأدى فانه يعتق بالشرط واذا عتق بالشرط لا يرجع المولى عليه بقيمته لان هذا ليس بمكاتبة انما هو اعتاق معلق بالشرط بمنزلة قوله ان دخلت الدار فأنت حر ومنها أن يكون متقوما وانه من شرائط الصحة فلا تصح مكاتبة المسلم عبده المسلم أو الذمى على الخمر أو الخنزير ولا مكاتبة الذمى عبده المسلم على الخمر والخنزير لان الخمر وان كان مالا فى حق المسلمين فهى غير متقومة فى حقهم فانعقدت المكاتبة على الفساد فان أدى يعتق وعليه قيمة نفسه لان هذا حكم المكاتبة الفاسدة على ماذكر فى بيان حكم المكاتبة أما الذمى فتجوز مكاتبته عبده الكافر على

خمر أو خنزير لان ذلك مال متقوم عندهم كالخل والشاة عند نا فان كاتب ذمى عبدالله كافراعلى خمر فأسلم أحدهما فالمكاتبة ماضية وعلى العبد قيمة الخمر لان المكاتبة وقعت صحيحة لكون الخمر مالا متقوما فى حقهم الا أنه اذا أسلم أحدهما فقد تعذر التسليم أو التسلم لان المسلم منهى عن ذلك فتجب قيمتها ولا ينفسخ العقد بخلاف ما اذا اشترى الذمى من ذمى شيأ بخمر ثم أسلم أحدهما قبل قبض الثمن الخمر ان البيع يبطل وههنا لا تبطل المكاتبة لان عقد المكاتبة مبناه على المساهلة والمسامحة نظر اللعبيد ايصالا لهم الى شرف الحرية فلا ينفسخ بتعذر تسليم المسمى أو تسلمه بل يصار الى بدله فاما البيع فعقد مماكسة ومضايقة لا تجرى فيه من السهولة ما يجرى فى المكاتبة فينفسخ عند تعذر تسليم عين المسمى ويرتفع واذا ارتفع لا يتصور تسليم القيمة مع ارتفاع سبب الوجوب ومنها ان يكون معلوم النوع والقدر وسواء كان معلوم الصفة أو لا وهو من شرائط الانعقاد فان كان مجهول القدر أو مجهول النوع لم ينعقد وان كان معلوم النوع والقدر مجهول الصفة جازت المكاتبة والاصل ان الجهالة متى فحشت منعت جواز المكاتبة والا فلا وجهالة النوع والقدر جهالة فاحشة وجهالة الصفة غير فاحشة فانه روى عن عمر رضى الله عنه انه أجاز المكاتبة على الوصفاء بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم فيكون اجماعا على الجواز والاجماع على الجواز اجماع على سقوط اعتبار هذا النوع من الجهالة فى باب الكتابة و بيان هذا الاصل فى مسائل اذا كاتب عبده على ثوب أو دابة أو حيوان أو دار لم تنعقد حتى لا يعتق وان أدى لان الثوب والدار والحيوان مجهول النوع لاختلاف أنواع كل جنس وأشخاصه اختلافا متفاحشا وكذا الدور تجرى مجرى الاجناس المختلفة لتفاحش التفاوت بين دار ودار فى الهيئة والتقطيع وفى القيمة باختلاف المواضع من البلدان والمحال والسكك ولهذا امنعت هذه الجهالة صحة التسمية والاعتاق على مال والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فصارت هذه الاشياء لكثرة التفاوت فى أنواعها وأشخاصها بمنزلة الاجناس المختلفة فيصير كانه كاتبه على ثوب أو دابة أو حيوان أو دار فادى طعاما ولو كان كذلك لا يعتق وان أدى أعلى الثياب والدواب والدور بخلاف ما اذا كاتبه على قيمة فادى القيمة انه يعتق لان التفاوت بين القيمتين لا يلحقهما بجنسين فكانت جهالة القيمة مفسدة للعقد لا مبطلة له وان كاتبه على ثوب هروى أو عبد أو جارية أو فرس جازت المكاتبة لان الجهالة ههنا جهالة الوصف انه جيد أو ردىء أو وسط وانها لا تمنع صحة التسمية كما فى النكاح والخلع والاصل ان الحيوان يثبت دينا فى الذمة فى مبادلة المال بغير المال كما فى النكاح ونحوه فتصح التسمية ويقع على الوسط كما فى باب الزكاة والدية والنكاح وكذا لو كاتبه على وصيف يجوز ويقع على الوسط ولو جاء العبد بقيمة الوسط فى هذه المواضع يجبر المولى على القبول كما فى النكاح والخلع ونحوهما ولو كاتبه على لؤلؤة أو ياقوتة لم ينعقد لان الجهالة متفاحشة ولو كاتبه على كرحنطة أو ما أشبه ذلك من المكيل والموزون ولم يصف يجوز وعليه الوسط من جنسه لانه ثبت دينا فى الذمة فى مبادلة المال بالمال اذا كان موصوفا ويثبت فى مبادلة ما ليس بمال بمال وان لم يكن موصوفا كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والاعتاق على مال والمكاتبة معاوضة ما ليس بمال بمال فى جانب المولى فتجوز المكاتبة عليه ويجب الوسط ولو كاتبه على حكمه أو على حكم نفسه لم تنعقد لان الجهالة ههنا أفحش من جهالة النوع والقدر لان البدل هناك مسمى ولا تسمية للبدل ههنا رأسا فكانت الجهالة أكثر والى هذا أشار فى الاصل فقال أرأيت لو حكم المولى عليه بملء الارض ذهبا كان يلزمه أو حكم العبد على نفسه بفلس هل كان يعتق فلم ينعقد العقد أصلا فلا يعتق بالحكم وان كاتب على ألف درهم الى العطاء أو الى الدياس أو الى الحصاد أو نحو ذلك مما يعرف من الاجل جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الاجل مجهول وجهالة الاجل تبطل البيع فتبطل المكاتبة وجه الاستحسان ان الجهالة تدخل فى صلب العقد لانها لا ترجع الى البدل وانما دخلت فى أمر زائد ثم هى غير متفاحشة فلا توجب فساد المكاتبة كجهالة الوصف بخلاف البيع الى هذه الاوقات انه يفسد لان الجهالة لا توجب فساد العقد لذاتها بل لافضائها الى المنازعة والمنازعة قل ما تجرى فى هذا القدر فى المكاتبة لان مبناها على المسامحة

بخلاف

بخلاف البيع فان مبناه على المماكسة فيفضي الى المنازعة ولهذا اجازت الكفالة الى هذه الاوقات ولم يجز تأجيل الثمن اليها في البيع بخلاف المكاتبة الى مجيء المطر وهبوب الريح لانه ليس لذلك وقت معلوم فتفحشت الجهالة فان كاتبه الى العطاء فاخر العطاء فان الاجل يحل في مثل الوقت الذي كان يخرج فيه العطاء لان المراد به العرف والعادة وقت العطاء لا عين العطاء وكذا في الحصاد والدياس ولو كاتبه على قيمته فالمكاتبة فاسدة لان القيمة تختلف بتقويم المقومين فكان البدل مجهول القدر وانه مجهول جهالة فاحشة ولهذا منعت صحة التسمية في باب النكاح حتى عدل الى مهر المثل فتمنع صحة المكاتبة بل أولى لان النكاح يجوز بدون تسمية البدل ولا جواز للمكاتبة من غير تسمية البدل فلما لم تصح تسمية القيمة هناك فلان لا تصح ههنا أولى ولان جهالة القيمة موجب للعقد الفاسد فكان ذكرها نصا على الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على عبد لان جهالة العبد جهالة الوصف أي جيد او ردیء أو وسط فعند الاطلاق يقع على الوسط والوسط معلوم عندهم ألا ترى ان أبا حنيفة جعل قيمة الوسط أربعين دينارا فاما المكاتبة على القيمة فليست بمكاتبة على بدل معلوم عند الناس عند اطلاق الاسم فصار كما لو كاتبه على ألف أو على ألفين غير انه اذا أدى القيمة عتق لان العقد الفاسد له حكم في الجملة عندنا كالبيع الفاسد اذا اتصل به القبض والنكاح الفاسد اذا اتصل به الدخول حتى يثبت الملك في البيع وتجب العدة والعقر و يثبت النسب في النكاح وكذا المكاتبة الفاسدة ولو قال كاتبتك على دراهم فالمكاتبة باطلة ولو أدى ثلاثة دراهم لا يعتق لان البدل مجهول جهالة متفاحشة وليس للدراهم وسط معلوم حتى يقع عليه الاسم بخلاف ما اذا قال أعتقتك على دراهم فقبل العبد عتق وتلزمه قيمة نفسه لان العتق هناك وقع بالقبول والجهالة متفاحشة فلزمه قيمة نفسه ولو كاتبه على أن يخدمه شهرا فهو جائز استحسانا والقياس ان لا يجوز وجه القياس ان الخدمة مجهولة لانها مختلفة ولا يدرى في أي شيء يستخدمه وانه يستخدمه في الحضر أو في السفر وجهالة البدل تمنع صحة الكتابة وجه الاستحسان ان الخدمة المطلقة تنصرف الى الخدمة المعهودة فتصير معلومة بالعادة و بحال المولى انه في أي شيء يستخدمه و بحال العبد انه لاي شيء يصلح فصار كما لو عينها نصا ولهذا جازت الاجارة على هذا الوجه فالمكاتبة أولى لانها أقبل للجهالة من الاجارة ولو كاتبه على ان يخدم رجلا شهرا فهو جائز في القياس كذا ذكره في الاصل ولم يرد به قياس الاصل لان ذلك يقتضي ان لا يجوز لما ذكرنا وانما أراد به القياس على الاستحسان الذي ذكرنا ويجوز القياس على موضع الاستحسان اذا كان الحكم في الاستحسان معقول المعنى كقياس الجماع ناسيا على قياس الاكل والشرب ناسيا ولان المنافع أموال في العقود وانها تصير معلومة بذكر المدة فلا فرق بين ان يستأجر رجلا ليخدمه أو ليخدم غيره وكذلك لو كاتبه على ان يحفر بئرا قد سمى له طولها وعمقها ومكانها أو على ان يبني له دارا او أراه آجرها وجصها وما يبني بها لانه كاتبه على بدل معلوم ألا ترى ان الاجارة عليه جائزة فالكتابة أولى ولو كاتبه على أن يخدمه ولم يذكر الوقت فالكتابة فاسدة لان البدل مجهول ومنها ان لا يكون البدل ملك المولى وهو شرط الانعقاد حتى لو كاتبه على عين من أعيان مال المولى لم يجز لانه يكون مكاتبة بغير بدل في الحقيقة فلا يجوز كما اذا باع داره من انسان بعبد هو لصاحب الدار انه لا يجوز البيع لانه يكون بيعا بغير ثمن في الحقيقة كذا هذا وكذا لو كاتبه على ما في يد العبد من الكسب وقت المكاتبة لان ذلك مال المولى فيكون مكاتبة على مال المولى فلم يجز وأما كون البدل دينا فهل هو شرط جواز الكتابة بان كاتبه على شيء بعينه من عبد أو ثوب أو دار أو غير ذلك مما يتعين بالتعيين وهو ليس من أعيان مال المولى ولا كسب العبد ولكنه ملك أجنبي وهو معين مشار اليه ذكر في كتاب المكاتب اذا كاتب عبده على عبد بعينه لرجل لم يجز ولم يذكر الخلاف وذكر في كتاب الشرب اذا كاتبه على أرض لرجل جاز ولم يذكر الخلاف وذكر ابن سماعة الخلاف فقال لا يجوز عند أبي حنيفة ويجوز عند أبي يوسف وعند محمد ان أجاز صاحبه جاز والا لم يجز واطلاق رواية كتاب المكاتب يقتضي ان لا يجوز أجاز أو لم يجز واطلاق رواية كتاب الشرب يقتضي الجواز أجاز أو لم يجز ولانه لما جاز عند عدم الاجازة فعند الاجازة أولى ويجوز أن يكون قول محمد